شرح

الأحكام الشرعية

فى الأحوال الشخصية

تأليف

محمد زيد الأبيانى

مدرس الشريعة الاسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية

الجزء الأول

الطبعة الثانية فى شهر ربيع الثانى سنة ١٣٢٩

مطبعة [illegible] ١٣٢٩ هـ

فهرست الجزء الأول من شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية

الباب الأول في مقدمات النكاح

الباب الثاني في شرائط النكاح وأركانه وأحكامه

الباب الثالث في موانع النكاح الشرعية وبيان المحللات والمحرمات من النساء

الباب الرابع في الولاية على النكاح وفيه فصلان

﴿ الباب الخامس فى الوكالة بالنكاح ﴾

﴿ الباب السادس فى الكفاءة ﴾

﴿ الباب السابع فى المهر ﴾

﴿ الباب الثامن فى نكاح الكتابيات وحكم الزوجية بعد اسلام الزوجين أو أحدهما ﴾

الباب التاسع في النكاح الغير الصحيح والموقوف

الباب العاشر في اثبات النكاح والاقرار به

الكتاب الثاني فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه

(الباب الاول فيما يجب على الزوج من حسن المعاملة لزوجته)

﴿ الباب الثاني في النفقة الواجبة على الزوج للزوجة ﴾

﴿ الباب الثالث فى ولاية الزوج وما له من الحقوق ﴾

﴿ الباب الرابع فيما للزوجة وما عليها من الحقوق ﴾

﴿ الكتاب الثالث فى فرق النكاح ﴾

(الباب الأول فى الطلاق)

﴿ القسم الثانى فى الطلاق البائن ونوعيه وأحكام كل منهما ﴾

﴿ الباب الثانى فى الخلع ﴾

الباب الثالث في الفرقة بالعنة ونحوها

الباب الرابع في الفرقة بالردة

الباب الخامس في العدة وفي نفقة المعتدة



بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك اللهم أن شرحت صدورنا للاسلام . وشرعت لنا من الدين ما وصيت به رسلك الكرام . ووفقتنا لفهم شريعة خير الانام . تلك الشريعة التى جاءت خاتمة للشرائع . وجامعة للمصالح والمنافع . ونصلى ونسلم على سيدنا محمد خاتم النبيين . القائل من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين . وعلى آله وأصحابه ينابيع الحكم . وهداة الامم

أما بعد . فلما كان تدريس الشريعة الاسلامية . فى مدرسة الحقوق الخديوية قد عهد الىّ من عهد غير قريب وكان من الكتب المقرر تدريسها بها كتاب (الاحكام الشرعية . في الاحوال الشخصية) لسعادة المرحوم محمد قدرى باشا وهو ذلك الكتاب الذى وان جمع من فقه أبى حنيفة ما يختص بذات الانسان من الاحكام فى موادّ سهلة الفهم قريبة التناول على من ليس له سابقة عهد بمزاولة فهم عبارات الفقهاء وحلّ رموز المتون ومعرفة اصطلاحات الشراح والمعلقين . بيد أن مؤلفه (رحمه الله) لم يبعد به الايجاز عما لم يسلم منه كل مختصر بل جاءت بعض موادّ كتابه غامضة العبارة .

مبهمة الاشارة . والاخرى مطلقة الاحكام الواجبة التقييد . لذلك رأيت من الواجب عليّ أن لا أبقي ايجاز هذا الكتاب على ما حوى من غزارة الفائدة عقبة تحول دون استفادة المطالعين . وطلما تشخص عنده أبصار المحصلين . فلم أزل أنقب أثناء تدريسي له في كتب القوم فافتح مغلقه . وأقيد مطلقه واكمل ناقصه وأتمم وسائله . وأشرح مسائله . بل لم أقتصر في حكاية خلاف فقهاء المذهب وغيرهم من المذاهب الأخرى في كثير من المسائل مبيناً في كل مسألة حكمة الحكم . ودليل كل مجتهد فيها . فكان من عملي هذا شرح يألفه كل طالب ولا يأنف عن مراجعته من هو في الحقيقة راغب . هذا ولم أنهج في ذلك طريقة قدماء الشراح من ارتباطهم بعبارة الاصل وتخلل كلامهم فيها أو تعقيبه لها بل بينت مسائل كل باب على مقتضى ترتيبها الطبيعي ذاكراً كل مسألة مستقلة بنفسها غير مرتبطة بلفظ من الفاظ المادة الاصلية منعاً للخلط والتشويش غير انى قد ذيلت كل موضوع بنفس المادة التى تم شرحها ايذاناً بارتباط الشرح بها ولتكون بمثابة تلخيص لما أبسطه من القول ومذ تم لي جمع تلك الفرائد على مقتضى الارادة . شرعت في نظمها بسلك التأليف تحقيقاً للافادة والاستفادة . فقلت مستعيناً بالله شاكراً له ما أولاه



الجزء الأوّل

﴿ في الاحكام المختصة بذات الانسان ﴾

الكتاب الأوّل

﴿ في النكاح ﴾

الباب الأول

﴿ في مقدمات النكاح ﴾

قال تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودّة ورحمة) أشار سبحانه وتعالى الى نعمة الزواج الجليلة وأنه داعية التوادّ والتراحم ومجلبة الالفة والوفاق لاداعية الخلاف والشقاق كما أشار الى أن المرأة ليست كالمتاع تقصد لمجرد قضاء الشهوة وتطلب لغرض قضاء اللذة وانما جعلت ليسكن اليها الرجل ويستأنس بها ويتخذ منها مسلياً لكروبه ومفرجا لهمومه ومعيناً على تدبير منزله ومسكنه فيقوم لها بما تطلبه المعاشرة وتفرضه المؤازرة وتحتمه الصداقة والمودّة ثم مع ذلك يستمتع بها ويقضي منها وطره

على ان الاستمتاع بالزوجة لا ينبغي ان يقصد منه مجرد قضاء تلك الشهوة البهيمية فان ذلك من مقاصد الحيوانات بل يقصد منه ما قصده الشارع وهو الولد والنسل قال تعالى (فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم) وقال

عليه الصلاة والسلام « تناكحوا تناسلوا » وذلك ان الله سبحانه وتعالى خلق هذا العالم وقدر بقاءه الى أجل مسمى ولكن بقاؤه الى ذلك الاجل الذى سماه وقدره يتوقف على بقاء النوع الانساني المتوقف على التناسل وذلك التناسل لا يتم ولا يفي بالغرض المقصود منه الا بعقد الزواج الشرعي وذلك أمر بديهي الثبوت لا يحتاج الى البرهان . نعم ربما يقول قائل لو لم يكن هناك عقد زواج لحصل الازدواج بين الذكور والاناث بمقتضى الجبلة الخلقية اذ كل منهما تدعوه شهوته الى ذلك فيحصل التناسل بدون عقد الزواج . ولكن بالتأمل نعلم صواب ما قلناه وهو ان التناسل متوقف على عقد الزواج اذ لو تركت الناس عبيد شهواتهم تسوقهم الى ما تشاء لكان الغرض قضاءها للرجال وللنساء فضلاً عن جلب المنافع لهن أيضاً فيعملن كل ما في وسعهن للحصول على الفائدة التي يقصدنها فيمنعن الحبل ليرغبن الرجال فيهن . بخلاف ما اذا حصل الازدواج بعقد وصار كل منهما مرتبطاً بقوانين هذا العقد قاصراً على صاحبه لا يتعداه الى غيره فلا يكون الغرض حينئذ مجرد قضاء الشهوة بل النسل الذي يبقى للانسان ذكراً في هذه الحياة الدنيا وأيّ عاقل لا يرغب ذلك فلذا ترى المتزوج يتكدر اذا لم يولد له ولهذا لما قلّ النسل في بعض الامم المتمدينة بحثوا عن السبب فوجدوه ناشئاً من ازدواج الذكور والاناث بلا عقد

وبما أنه قد ثبت لك أن التناسل لا يتم الا بالزواج الشرعي فها نحن نبين لك ما هو الزواج فنقول

الزواج شرعاً هو عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من العقد عليها مانع شرعي فاذا لم يفد العقد حلّ الاستمتاع فلا يكون عقداً شرعياً فالعقد

على المحارم كالأخت وعلى معتدّة الغير مثلاً لا يوصف بذلك فلا يفيد حل الاستمتاع

وحينئذ فاذا أراد الرجل ان يتزوج فلا يباح له أن يخطب أيّ امرأة كانت بل لا بد من النظر الى من يريد خطبتها فان كانت متصفة بما يمنع العقد عليها امتنع لان الخطبة مقدمة للعقد فاذا كان العقد غير جائز تكون الخطبة عبثاً ويلزم العاقل صون أفعاله عن العبث وان لم يكن هناك مانع من العقد أقدم على الخطبة لانها والحالة هذه تكون وسيلة الى ما هو جائز فتفيد فائدتها وحينئذ تجوز خطبة المرأة الخالية عن نكاح وعدّة – انظر مادة (١)

فان كانت المرأة متزوجة فلا تجوز خطبتها لعدم الفائدة وكذا اذا كانت معتدة وهي الموجودة في الزمن الذي يعقب الفرقة بينها وبين زوجها بأي سبب كان فتى كانت المرأة موجودة في هذا الزمن المقدّر شرعاً يقال لها معتدة فان كانت الفرقة بسبب الطلاق يقال لها معتدة لطلاق سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً وسواء كان البائن بائناً بينونة صغرى أو كبرى . وان كانت معتدة لموت الزوج يقال لها معتدة لوفاة . فالرجعي كأن يقول الرجل لزوجته المدخول بها أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك . والبائن بينونة صغرى كأن يقول لها أنت عليّ حرام أو أنت بائن والبائن بينونة كبرى هو ما كان بالثلاث بأيّ لفظ كان

وحكم الطلاق الرجعي انه لا يزيل الملك ولا الحل فيجوز للزوج مراجعتها مستقلاً ما دامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض .

وحكم الطلاق البائن بينونة صغرى زوال الملك لا الحلّ فلا يجوز للزوج

(مادة ١) تجوز خطبة المرأة الخالية عن نكاح وعدة

أن يعيدها اليه الا بعقد ومهر جديدين سواء كانت في العدة أو بعد انقضائها بشرط رضاها بذلك ولكن لا يشترط أن تتزوج بغيره قبل عودها اليه . وحكم الطلاق البائن بينونة كبري زوال الملك والحل فلا يجوز للزوج أن يردها الى عصمته الا بعد أن تتزوج بغيره ويدخل بها دخولاً حقيقياً وتحصل الفرقة بينهما وتنقضي عدتها وسيأتي كل ذلك مفصلاً في محله

فالمعتدة لطلاق مطلقاً تحرم خطبتها تصريحاً وتعريضاً فالتصريح كأن يقول رجل مخاطباً لها أريد أن أتزوجك والتعريض مثل ان يقول لها أريد التزوج بامرأة دينة وهو يقصدها . والمعتدة لوفاة تحرم خطبتها تصريحاً لا تعريضاً واذا لم تجز الخطبة التي هي طلب التزوج فلا يجوز العقد الذي هو التزوج فعلاً من باب اولى

وكما لا تجوز خطبة المعتدة لا تجوز خطبة مخطوبة الغير لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » لان هذا يعدّ خيانة وهي منهيّ عنها شرعاً . والزمن الذي يلزم المرأة انتظاره بعد حصول الفرقة بينها وبين زوجها فلا يجوز تزوجها الا بعد انقضائه يختلف باختلاف سبب الفرقة وحال الزوجة . وبيانه ان الزوجة إما ان تكون مدخولا بها اولا وعلى كل فاما ان يكون سبب الفرقة وفاة الزوج او غيرها وان كانت الفرقة بعد الدخول فاما ان تكون المرأة حاملاً أو غير حامل فان لم تكن المرأة مدخولاً بها وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير وفاته فلا عدّة عليها وان كانت بالوفاة كان الزمن المقدّر شرعاً أربعة اشهر وعشرة ايام

وان كانت مدخولا بها فان كانت حاملا تنقض عدتها بوضع الحمل قصر زمنه او طال سواء كان سبب الفرقة موت الزوج او غيره

وان لم تكن حاملا فان كانت الفرقة بالوفاة تنقض عدتها باربعة اشهر وعشرة ايام ايضاً . وان كانت الفرقة بغير الوفاة فاما ان تكون من ذوات الحيض اولا فان كانت من ذوات الحيض تنقض عدتها بثلاث حيض كوامل وان لم تكن من ذوات الحيض لصغر او كبر او غيرهما تنقض عدتها بثلاثة اشهر وستأتي أدلة ذلك وحكمته في باب العدة

والسبب في تحريم خطبة المعتدة ان العلاقات والروابط التي بينها وبين زوجها لم تزل بالكلية فهو أولى بها من غيره ان أراد فله مراجعتها ان كان الطلاق رجعياً أو العقد عليها اذا كان بائناً بينونة صغرى والطلاق انما كان لذنب اقترفته أو حصل منه من غير تفكر في العاقبة وبعد التبصر أراد أن يصلح خطأه فرغب في امرأته ومال الى عودتها اليه . فاذا أجيزت لغيره خطبتها وهي في العدة يكون تعدياً على حقوقه ولا بد أن يظن زوجها الظنون وتأخذه الغيرة والحمية فيحصل بين الزوج والخاطب من جهة وبين الزوج والمعتدة من جهة أخرى ما لا تحمد عقباه

ولما كان الشخص لا يتأثر لغيره مثل تأثره لنفسه مهما كانت قوة الانفعال بينهما منعت خطبة المعتدة لطلاق مطلقاً أي سواء كانت تصريحاً أو تعريضاً لوجود الزوج الذي يتأثر لنفسه ومنعت خطبة المعتدة لوفاة تصريحاً لا تعريضاً اذ الاقارب لا يتأثرون مثل تأثره مهما بلغت الدرجة - انظر مادة (٢)

(مادة ٢) تحرم خطبة المعتدة تصريحاً سواء كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن أو وفاة ويصح اظهار الرغبة تعريضاً لمعتدة الوفاة دون غيرها من المعتدات ولا يجوز العقد على واحدة منهن قبل انقضاء عدتها

ولما كان الغرض من عقد الزواج التناسل وتعاون الزوجين على مصالحهما داخل البيت وخارجه وذلك لا يكون الا بدوام العشرة بينهما ماعاشا ووجود الالفة والمحبة بينهما ما دامت العشرة أباح الشارع للخاطب أن يبصر المخطوبة وينظر الى وجهها وكفيها لانه اذا تزوجها ولم يرها قبله فعند رؤيته لها ربما لا تحسن في عينه فاما ان يمسكها على كره منه وحينئذ تفوت مصالح الزواج واما ان يفارقها وحينئذ تتضرر بذلك اذ الناس يذهبون في سبب الفراق مذاهب شتى وكل منها يكون منفراً عنها فيمتنعون عن تزوجها ويتضرر هو أيضاً بغرمه المهر بخلاف ما اذا رآها قبل التزوج فان حسنت في عينه أقدم على التزوج والا امتنع وهذا يحس به كل انسان رأى آخر أول نظرة فان احدى المنزلتين تقع في قلبه . وليس هناك ضرر فيما لو امتنع لان مسألة الخطبة لم تشتهر مثل الزواج وسبب الامتناع هنا واحد فلا يساء الظن بها ولا يلحقها ضرر لانها اذا لم تحسن في عينه قد تحسن في عين الآخر كما هو معلوم

وكما يجوز للخاطب نظر المخطوبة يجوز للمخطوبة نظر الخاطب أيضاً لما ذكر بل هي أولى منه بالحكم لانها اذا لم تحسن في عينه يمكن طلاقها واذا لم يحسن هو في عينها فلا يمكنها مفارقته والى هذا كله يشير الحديث الشريف وهو قوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة « أنظرت اليها قال لا فقال عليه الصلاة والسلام أنظر اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما »

ولا تجوز الخلوة بالمخطوبة الا اذا كان معها محرم لها كأبيها أو أخيها أو عمها . وانما خصص النظر بهذين العضوين لاشتمال الوجه على المحاسن ولدلالة اليدين على خصوبة البدن فلا حاجة للنظر الى غيرها .

ولعظم هذه الحكمة اتفقت كل المذاهب على هذا الحكم حتى ان بعضهم يجيز النظر الى القدمين أيضاً وترديد النظر وتكراره الى المخطوبة . وانما لم تبح الشريعة معاشرتها قبل الزواج لمعرفة أخلاقها لان هذا يمكن معرفته من غيره ممن يجوز له معاشرتها ويثق الخاطب به بخلاف محبتها والميل اليها فانه لا يمكن قيام غيره مقامه . ومن هنا تعلم فساد ما يرمي به بعضهم الشريعة الاسلامية من عدم تجويزها ذلك للخاطب مع جوازه في الشرائع الاخرى كما هو الجاري ولو راجع هذا الشريعة الغراء كما يفرضه عليه الانتماء اليها لعلم بطلان مايقول بالنصوص الواضحة ولو اتبع الناس أمر شريعتهم لنجوا مما يحل بهم فالعيب كل العيب انما هو على من يدعي أنه منتم الى الشريعة الاسلامية ولا يدري ما فيها أو يدريه ولا يعمل به ألهم الهمنا الصواب – انظر مادة(٣)

ومتى حصلت الخطبة وأعقبها العقد الشرعى وهو الايجاب والقبول مستوفياً شرائطه فليس لكل منهما الرجوع عنه أما اذا وعد بتزويجها له في المستقبل ولو مع قراءة الفاتحة ولم يحصل العقد فهذا الوعد لا يكون زواجاً شرعياً وحينئذ فللخاطب الرجوع عن المخطوبة ولها أيضاً العدول عمن خطبها ولو بعد دفع الزوج المهر كله أو بعضه أو بعد ارسال هدية لها وقبولها منه ان كانت مكلفة أو قبول وليها ان كانت قاصرة . ويسترد ما دفعه من المهر ان كان موجوداً فان هلك او استهلك رجع بقيمته ان كان قيمياً وبمثله ان كان مثلياً وأما الهدايا فله استردادها ان كانت موجودة وان هلكت أو استهلكت فلا رجوع له بعوضها وستأتي مسألة الرجوع موضحة في مادة (١١٠) ومع هذا

(مادة ٣) يجوز للخاطب ان يبصر المخطوبة وينظر الى وجهها وكفيها

فالاحسن لكل منهما أن يتم ما حصل الوعد به وهو عقد الزواج اذا لم يكن هناك مانع قوي لان الوفاء بالوعد يمدح عليه ويترتب على عدمه عدم وثوق الناس بعضهم ببعض وفى ذلك من الاخلال بالمصالح وفوات الغرض مالا يخفى على اللبيب انظر مادة (٤)



الباب الثاني

﴿ فى شرائط النكاح واركانه واحكامه ﴾

إعلم ان الزواج له تعريف وسبب وصفة وركن وشرط وحكم

أما تعريفه وسببه فتقدما أول الكتاب

وأما صفته فهي الفرضيه والوجوب والسنية والحرمة والكراهة وهذه هي الاحكام التى تعتريه باختلاف الاحوال كما ستعرفه

فيكون فرضاً ان تحقق الرجل أنه لو لم يتزوج لزنى لان الزنا حرام قطعاً ولا يتوصل الى تركه فى هذه الحالة الا بالزواج والقاعدة أن مالا يتوصل الى ترك الحرام الا به يكون فرضاً .

ويكون واجباً (والوجوب أقل من الفرض) عند شدة الاشتياق الى التزوج بحيث يخاف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج من غير تحقق .

(مادة ٤) الوعد بالنكاح فى المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون اجراء عقد شرعي بايجاب وقبول لا يكون كل منهما نكاحاً

وللخاطب العدول عمن خطبها وللمخطوبة ايضاً رد الخاطب الموعود بتزويجها منه ولو بعد قبولها او قبول وليها ان كانت قاصرة هدية الخاطب ودفعه المهر كله او بعضه

ويكون سنة حال الاعتدال أى لا يكون في شدة الاشتياق الى التزوج ولا في غاية الفتور عنه

ويكون حراماً اذا تيقن عدم القيام بأمور الزوجيه لأن الزواج انما شرع لمصلحة وبالجور تنعدم هذه المصالح فضلاً عن أنه يأثم ويرتكب المحرمات .

ويكون مكروهاً اذا خاف الجور . وكل هذه الاقسام مفروضة فيمن يملك المهر والنفقة فان كان لا يملكهما وخشى الزنا فعليه ان يتكسب حتى يحصل عليهما اذ الانسان مأمور بالسعى ليتكسب ما يلزمه فان اشتد الخوف ولم يكن عنده الآن ما يجعله مهراً يستدين ويسعى لقضاء ذلك الدين ومتى علم المؤمنون أنه يستدين لتحصين النفس وليس عنده ما هو محتاج اليه ولم يقصر فى طلبه فلا يبخلون باعطائه ما يكفيه والله سبحانه وتعالى يعينه على قضائه لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المكاتب الذي يريد الاداء والمتزوج الذي يريد العفاف والمجاهد في سبيل الله » فلو فرض بعد كل ما تقدم وقلنا انه لم يجد من يعطيه فعليه بالصوم فانه قاطع للشهوة لقوله عليه الصلاة والسلام « معاشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » ومع ذلك فمن ذا الذى لا يجد المهر والنبي عليه الصلاة والسلام يقول « التمس ولو خاتماً من حديد » فالغرض من هذا الحديث التنبيه على ان المهر ليس مقصوداً فى عقد الزواج بل الغرض شيء اسمي وأعظم منه فلا تمتنعوا عن الزواج بحجة أن لا شيء معكم للمهر لأن الزواج يصح ولو كان المهر قليلاً . بقى ما لو تعارضت الفرضية والحرمة بأن

فرضنا ان هناك رجلاً تحقق انه لو لم يتزوج لزنى وتحقق أيضاً انه لو تزوج أساء العشرة وقد تكلم بعض الكتب هنا بما لا ينبغي ان يذكر فالاحسن ارتكاب أخف الأمرين بقدر الامكان بأن نقول له تزوج ولا نأمره بالزنا أبداً وعاشر من يذكرك بحقوق الزوجية حتى تكون دائماً على ذكر منها واسكن بين جيران صالحين لتتعلم منهم ويعنوا التعدى بقدر ما يمكنهم وهذا موافق لمذهب الامام مالك وكل هذا لم يتعرض له الكتاب

اركان الزواج

واما أركان الزواج فاثنان أحدهما الايجاب وثانيهما القبول فالايجاب هو ما صدر أولاً من كلام أحد العاقدين والقبول هو ما صدر ثانياً من كلام العاقد الآخر . والعاقدان اما ان يكونا الزوجين. ان كان كل منهما عاقلاً بالغاً. أو وكيلهما ان كان كل من الزوجين متصفاً بالبلوغ والعقل أيضاً لان الشخص ليس له ان يوكل غيره فى شيء الا اذا كان هو يملكه . أو وليهما ان كان كل منهما ليس أهلاً للعقد أو أحد الزوجين مع ولى الآخر أو وكيله أو ولى أحدهما مع وكيل الآخر بلا فرق في كل هذه الصور بين ما اذا كان الموجب واحداً منهما والقابل هو الآخر فاذا جرى العقد بين الزوجين وكان الموجب هو الرجل يقول مخاطباً لمن يريد تزوجها تزوجتك فتقول قبلت . واذا كانت هى الموجبة تقول له تزوجتك او زوجتك نفسى فيقول لها رضيت او قبلت او أجزت . واذا جرى بين الوكيلين وكان الموجب وكيل الزوجة يقول مخاطباً لوكيل الزوج زوجت

موكلتي فلانة لموكلك فلان فيقول قبلت زواجها لموكلي واذا كان الموجب وكيل الزوج يقول زوجت موكلتك فلانة لموكلي فلان فيقول الآخر قبلت أو رضيت مثلاً . واذا جرى بين الوليين يقول ولي الزوجة مخاطباً لولي الزوج زوجت بنتي فلانة من ابنك فلان فيقول قبلت هذا لزواج وقس على هذه الأمثلة ما اذا جرى العقد بين أحد الزوجين ووكيل الآخر أو ولي أحدهما ونفس الآخر أو ولي أحدهما ووكيل الآخر .

والايجاب في الزواج يصح بلفظ التزويج والنكاح بالاتفاق لان كلا منهما صريح فيه والقبول لا يشترط فيه لفظ مخصوص بل الشرط رضا الآخر بهذا الايجاب فاذا قال رجل لآخر زوجت ابنتي فلانة لابنك فلان وقال الآخر قبلت أو رضيت او أجزت او اطعت او ماصنعته في محله صح ولكن انعقاده بغير هذين اللفظين فيه خلاف فمذهب ابي حنيفه انه ينعقد بكل لفظ وضع لتمليك العين في الحال كالهبة والصدقة والبيع لا الوصية والاجارة والاعارة — وقال الشافعي واحمد رضي الله تعالى عنهما لا ينعقد الا بلفظ التزويج والنكاح واستدلا بأدلة الاول ان التمليك ليس حقيقة في الزواج ولا مجازاً عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولذا يراعي فيه مصالح الزوجين ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلاً ولذا لا يراعي فيه الا مصالح المالك . والثاني ان الاشهاد فيه شرط والكناية يحتاج فيها الى النية ولا اطلاع للشهود على النيات . والثالث ان التمليك مفسد للزواج حتى لو ملك الرجل زوجته بأن كانت امته فسد الزواج . وكذا الهبة من الفاظ الطلاق ولذا وقع الطلاق بقول الرجل لامرأته وهبتك لأهلك فلا يكون موجباً لضده . واستدلت الحنفية

بقوله تعالى : (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية) وبقوله عليه الصلاة والسلام « ملكتكها بما معك من القرآن » وكل من هذين وارد في عقد الزواج. وليس لقائل ان يقول الانعقاد بلفظ الهبة خاص به عليه الصلاة والسلام بدليل قوله تعالى (خالصة لك من دون المؤمنين) لانا نقول له الاختصاص والخلوص في سقوط المهر بدليل انها مقابلة بمن أعطى مهرها في قوله تعالى (انا احللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن) الى قوله تعالى (وامرأة مؤمنة) وبدليل قوله تعالى (لكيلا يكون عليك حرج) والحرج بلزوم المهر دون لفظ التزوج وبنفي المهر تحصل المنة التي سيق الكلام لاجلها لا باقامة لفظ دون لفظ . والجواب عن الدليل الاول للشافعية انا لا نسلم ان التمليك ليس مجازاً في الزواج لان التمليك سبب لملك المتعة بواسطة ملك لرقبة في محل يقبلها والسببية طريق من طرق المجاز . والجواب عن الثاني ان محل اشتراط التعيين اذا كان هنالك لبس بخلاف ما نحن فيه فلا لبس يعتريه اذ كلا منا فيما اذا قامت القرائن والادلة على ان هذا يراد به الزواج فحينئذ ينتفي الاحتمال فلا لبس فيصح الزواج . والجواب عن الثالث ان التمليك لا يفسد الزواج من حيث انه محرم عليه أمته حتى يصح الاستدلال وانما يفسده من حيث انه ابطل مالكية المرأة اذ المرأة يثبت لها بالزواج ما يترتب عليه من القسم وتقدير النفقة والسكنى وغير ذلك وبالتمليك بطل ذلك وصارت مملوكة محضة . وقولهم ان الهبة من الفاظ الطلاق فلا يصح ان يكون اللفظ موجباً لضده يرده ان الطلاق يقع بلفظ التزوج الذي قالوا بانعقاد الزواج به فان الرجل اذا قال لزوجته تزوجي ناويا الطلاق وقع فما كان جوابا لهم فهو جوابنا

ولا بد ان يكون لفظ الايجاب والقبول بصيغة الماضى كزوجت أو وهبت أو ملكت مثلاً أو أحدهما للماضي والآخر للمستقبل لان الزواج عقد وليس له لفظ يختص به بحسب الوضع فاستعمل فيه لفظ ينبيء عن الثبوت وهو الماضى دفعاً للحاجة والانشاء يعرف بالشرع لا باللغة فكان ما ينبيء عن الثبوت أولى من غيره لان غرضها الثبوت دون الوعد وهذا المعنى موجود أيضاً فيما اذا كان أحدهما ماضياً والآخر للمستقبل مثل ان يقول رجل لآخر زوج بنتك فلانة لابني فيقول الآخر زوجت فالاول ايجاب والثانى قبول وقال بعضهم زوج توكيل وانابة وقول الآخر امتثال لامره فينعقد به الزواج لان الواحد قد يتولى طرفى الزواج كما ستعرف ان شاء الله تعالى فى شرح مادة (١٣٧) وكذلك اذا كان الايجاب مضارعاً مبدوءاً بهمزة أو نون أو تاء اذا لم ينو الاستقبال فاذا قال رجل لامرأة تزوجينى نفسك أو قالت امرأة لرجل تزوجني نفسك ناوياً كل منهما الحال فقال الآخر زوجت انعقد الزواج باعتبار استعماله فى غرض تحقيق واستفادة الرضا منه لاننا لما علمنا ان الملاحظة من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا عدينا حكمه الى كل لفظ يفيد ذلك ولو كان مصرحا فيه بالاستفهام حتى لو قال رجل لآخر هل أعطيتني بنتك لابنى فقال اعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فزواج . انظر مادة (*)

(*) (مادة ٥) ينعقد النكاح بايجاب من احد العاقدين وقبول من الآخر ولا فرق بين أن يكون الموجب هو الزوج او وليه او وكيله والقابل هو الزوجة او وليها او وكيلها ان كانت مكلفة اوبالعكس

واما شروط الزواج فتنقسم الى قسمين شروط انعقاد وشروط صحة فشروط الانعقاد ثلاثة الاول اتحاد مجلس الايجاب والقبول بأن يكون المجلس الذي صدر فيه الايجاب هو بعينه الذي صدر فيه القبول ومحل اشتراط هذا اذا كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد فان كان أحدهما في بلد وكتب الى الآخر في بلد آخر جوابا موجبا الزواج فقبل المكتوب اليه بالشروط الآتية في مادة (٩) انعقد الزواج

فاذا لم يطل المجلس بان صدر القبول عقب الايجاب من غير تراخ فيها. واذا تأخر القبول عن الايجاب فان كان الاشتغال مدة الفصل بينهما متعلقا بشيء من عقد الزواج صح وان كان اجنبيا عنه فلا يصح لانه في هذه الحالة يكون القابل قد اعرض عن الايجاب فيبطله فلا يتعلق به القبول بخلاف الحالة الاولى فان الايجاب لم يزل موجوداً اذ الفاصل متعلق به فكانه من تمامه فيتعلق به القبول فيصح.

الثاني – سماع كل من العاقدين كلام الآخر فان فهم كل منهما ما يقوله الآخر فيها وان لم يفهم فان كان يعلم انه يريد عقد الزواج بهذه العبارة صح أيضاً وان لم يعلم فلا يصح فاذا لقن رجل امرأة معنى زوجتك نفسي بالفارسية مثلا وهي لا تفهمها وقالت اللفظ الذي لقنه لها فقبل فان كانت عالمة بأن الغرض مما تقول عقد الزواج صح والا فلا

الثالث – عدم مخالفة القبول للايجاب سواء كانت تلك المخالفة في كل الايجاب او في بعضه فاذا قال رجل لآخر زوجت ابنتي فلانة لابنك فلان بمائة جنيه فقبل زواجها لابنه المعين بالمهر المسمى صح العقد لعدم المخالفة

واما اذا قبل زواج غير المسماة بأقل من المهر لغير ابنه المعين فلا يصح لمخالفة القبول لكل اجزاء الايجاب فاذا قبل زواجها لابنه بمهر اقل من المسمى فلا يصح أيضاً للمخالفة في بعض الايجاب . ومثل هذا ما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك بمائة جنيه فقالت قبلت بمائة وخمسين او اوجبت الزوجة بمائة وخمسين وقبل الزوج بمائة للمخالفة في المهر الا اذا قبل الآخر بعد ذلك فان الثاني يعتبر موجباً والاول قابلا لرضاه بالزياده اوالنقص الذي حصلت فيه المخالفة ـ ومحل تأثير المخالفة على العقد اذا كانت لشر بالنسبة للموجب كما علم من الامثلة المتقدمه اذ يريد من يدفع المهر النقص ويريد من يأخذه الزيادة فان كانت لخير كما اذا قبلت الزوجة في المثال المذكور بثمانين جنيهاً أو قبل الزوج في المثال المذكور بمائتين فلا تؤثر هذه المخالفه اذ يريد من يأخذ المهر النقص فيه ومن يدفعه الزيادة وهذا فيه منفعة للآخر .وهذه الشروط في الحقيقة للايجاب والقبول كما هو ظاهر . انظر مادة (٦)

وأما شروط الصحة فاثنان الاول ـ أن تكون المرأة محلا لعقد الزواج أي غير محرّمة على من يريد تزوّجها وهذا آت في مادة (٢٠) ـ الثاني حضور شاهدين بخلاف سائر العقود فانها تصح بغير الاشهاد ولكن الأحسن الاشهاد على كل عقد خوفاً من انكار أحد العاقدين وخص عقد الزواج بالاشهاد لصحته لقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح الا بشهود » ولأن المعقود عليه فيه

(مادة ٦) يشترط لعقد النكاح اتحاد مجلس الايجاب والقبول اذا كان العاقدان حاضرين وان طال من غير اشتغال بما يدل على الاعراض وسماع كل منهما كلام الآخر وان لم يفهما معناه مع علمهما أنه مقصود به عقد النكاح وعدم مخالفة القبول للايجاب

خطير لما فيه من إثبات ملك المنفعة للزوج على الزوجة فيعظم جزء الآدمي

ويشترط في الشاهدين الحرية والعقل والبلوغ لان كلا من العبد والصبي والمجنون ليس من أهل الولاية والشهادة من الولاية لان فيها نفوذ قول الانسان على الغير رضى أو لم يرض وكل منهم لا ولاية له على نفسه فعلى غيره من باب اولى . ويشترط ايضاً اسلام الشاهدين في حالة ما اذا كان كل من الزوجين مسلما فاذا كانا غير مسلمين اوكانت الزوجة غير مسلمة والزوج مسلماً فلا يشترط اسلام الشاهدين ولا يشترط وصف الذكورة عند الحنفية فيصح بحضور رجل وامرأتين خلافاً للشافعي رضي الله عنه . ويشترط في الشاهدين سماع كل قول العاقدين معاً فان سمعا متفرقين بان حضر احدهما العقد ثم غاب واعيد بحضرة الآخر أو سمع أحدهما فقط العقد فاعيد فسمعه الآخر دون الاول او سمع احدهما الايجاب والآخر القبول ثم اعيد فسمع كل وحده ما لم يسمعه اولا فلا يصح لانه في هذه الصور وجد عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان . ويشترط ايضاً ان يفهم الشاهد أن الغرض من هذا الكلام عقد الزواج وحينئذ لا يصح الزواج بحضور الأصم ولا النائم لعدم سماع كل منهما ولا السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يذكره بعد افاقته فان وعاه حال سكره وتذكره بعد افاقته صح بحضوره

ومتى وجدت هذه الشروط في الشاهدين صح العقد ولو كانا اعميين او فاسقين أو ابني الزوجين او ابني احدهما وقال بعضهم لا تجوز شهادة الاعمى لانه لا يقدر على التمييز بين المدعى والمدعى عليه والاشارة اليهما فلا يكون كلامه شهادة فلا يصح الزواج بحضرته ولكن المعول عليه صحة العقد بحضوره

لان الغرض التمييز ولو بالاسم وهو حاصل فيمكن أن يعرف أن فلانة بنت فلان تزوجت فلان بن فلان ولا يلزم معرفة شخصهما بل المعرفة بالاسم غير شرط اذا انتفت الجهالة فاذا قال رجل لآخر زوجتك بنتي ولم يسمها وله بنتان فلا يصح للجهالة بخلاف ما اذا كان له بنت واحدة فانه يصح وكذا اذا قال رجل لآخر زوجت بنتي لابنك وليس له الا بنت واحدة وللآخر ابنان فلا يصح الا اذا عين احدهما باسمه فان كان له ابن واحد صح وقس على هذا جميع الامثلة

– وقال الشافعي تشترط العدالة فلا ينعقد بحضور فاسقين لان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الاهانة ولان الشهادة في العدل معقولة المعنى وهو صون العقد عن الجحود والعقد لا يثبت بشهادتهما فلا يصح بشهادتهما ايضاً . وهو حسن . والحنفية يقولون ان الفاسق من أهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وانما ردت شهادته عند الاداء للتهمة ولا تهمة هنا للتيقن .

والزواج له حكمان حكم الصحة وحكم الاظهار والكلام انما هو في الاول لا الثاني اذ الثاني انما يكون عند التجاحد وهذا لا يقبل فيه الا شهادة من تقبل شهادته في سائر الاحكام بخلاف الاول فانه لا يشترط فيه ذلك بدليل اتفاقهم على صحة العقد بحضور ابني الزوجين او ابني أحدهما مع انه لا يثبت بشهادتهما عند التجاحد لان فيه شهادة الفرع لاصله وهي غير مقبولة وبدليل صحته بحضور عدوهما ولا تقبل شهادتهما عليهما عند التجاحد فاذا كان لرجل من امرأة ابنان وحصلت الفرقة بينهما وأراد تزوجها ثانياً فعقد عليها بحضور ذينك الابنين صح العقد اتفاقاً مع انه لو انكر احدهما العقد وادعاه الآخر وشهدا له لم يثبت

بشهادتهما لان شهادة الفرع لأصله غير مقبولة للتهمة واذا كان لرجل ابنان من امرأة وتزوج غيرها بحضور ابنيه من غيرها صح العقد اتفاقاً مع أن المرأة لو أنكرت هذا العقد وادعاه الرجل وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما له ولكن لو كانت هي المدعية وهو المنكر وشهد ابناه عليه تقبل لان شهادة الفرع على اصله مقبولة لانتفاء التهمة ومثل الاول ماذا كان أحد الشاهدين ابناً للزوج والآخر ابناً للزوجة بأن كان رجل متزوجاً بامرأة وله منها ابن وامرأة متزوجة برجل ولها منه ابن وحصلت الفرقة بينهما وبين زوجها فعقد عليها الرجل الاول بحضور ابنه من غيرها وابنها من غيره صح العقد ولكن اذا أنكر هذا العقد احدهما وادعاه الآخر فلا يثبت بشهادة هذين الابنين لانه وان كان في كل منهما شهادة الفرع على أصله الا ان نصاب الشهادة وهو اثنان لم يتم لان واحداً منهما شاهد لاصله فلا تقبل شهادته والكلام الآن انما هو في صحة العقد لا في اثباته فيصح بحضور الفاسقين وان لم يثبت بشهادتهما عند التجاحد كما صح بحضور من ذكر وان لم يثبت بشهادتهم . ولو قيل أن العقد لا يصح الا اذا ثبت عند التجاحد بشهادة شهود العقد لكان حسناً ـ انظر مادة(٧)

فقد علمت مما تقدم انه لا بد لصحة الزواج من حضور شاهدين فايظهر

(مادة ٧) لا يصح عقد النكاح الا بحضور شاهدين حرين او حر وحرتين عاقلين بالغين مسلمين لنكاح مسلم مسلمة سامعين قول العاقدين معا فاهمين انه عقد نكاح ولو كانا اعميين اوفاسقين او ابني الزوجين او ابني أحدهما

والاصم لا يصلح شاهداً في النكاح ولا النائم ولا السكران الذي لا يعي ما يسمع، ولا يذكره فلا ينعقد النكاح صحيحا بحضورهم

في بعض الصور من صحته بحضور شاهد واحد مخالف للحقيقة اذ بامعان النظر يتبين وجود شاهدين فاذا كان لرجل بنت بالغة عاقلة وزوجها بأمرها ورضاها بحضر شاهد واحد سواء كان رجلاً أو امرأتين وكانت حاضرة بنفسها فى مجلس العقد صح الزواج فيتوهم بادىء بدء انه ليس هناك الا شاهد واحد ولكن بالتأمل نجد ان هناك شاهدين لان البنت متى كانت متصفة بالبلوغ والعقل فالحق فى زواجها لنفسها لا لأبيها فالاب في هذه الحالة وكيل فتجعل البنت مباشرة للعقد لان المجلس متحد فيبقى الاب الذى هو الوكيل سفيراً ومعبراً فيكون شاهداً مع الرجل فوجد شاهدان في هذه المسألة فان كانت غائبة عن مجلس العقد فلا يصح لان المجلس مختلف فلا يمكن ان تجعل مباشرة فلا ينتقل كلامه اليها فيبقى الرجل وحده شاهداً وبه لا ينعقد الزواج . والاصل فى جنس هذه المسائل انه متى امكن مباشرة الموكل حقيقة يجعل مباشراً حكماً والا فلا ولذا لو كان لرجل بنت صغيرة ووكل رجلا فى زواجها فزوجها الرجل بحضور شاهد واحد فان كان الاب حاضراً فى هذا المجلس صح الزواج وان لم يكن حاضراً فلا يصح لان الوكيل في الزواج كما عرفت سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل فاذا كان الموكل حاضراً كان مباشراً لان العبارة تنتقل اليه وهو في المجلس وليس المباشر سوى هذا بخلاف ما اذا كان غائباً لان المباشر مأخوذ فى مفهومه الحضور . ولو زوّجت المرأة ابنتها البالغة برضاها بحضرة رجل وامرأة جاز ان كانت البنت حاضرة لان البنت تجعل مباشرة للعقد وتعتبر الام مع المرآة شاهداً والرجل شاهداً فقد وجد شاهدان وان كانت البنت غائبة فلا يصح لما ذكر وان كانت البنت صغيرة فى هذه المسألة لم يجز مطلقاً أي سواء كانت حاضرة

أو غائبة لان الانتقال اليها غير ممكن لانها لاتصلح لمباشرة العقد ومثالها الاب اذا زوج ابنته الصغيرة بحضرة رجل واحد فانه لا يجوز مطلقا . ومن هذا الجنس ما لو وكل رجلا في ان يزوجه امرأة فعقد الوكيل بحضرة رجل واحد او امرأتين فان كان الموكل حاضراً جاز العقد والا فلا ومثله ما اذا وكلت امرأة رجلاً في زواجها فعقد عليها بحضرة رجل او امرأتين صح العقد ان كانت حاضرة وقس على هذا ما اشبهه — انظر مادة (٨)

وقد عرفت من شرح مادة (٦) ان من شروط انعقاد الزواج اتحاد مجلس الايجاب والقبول اذا كان العاقدان حاضرين أي في مجلس واحد فان كان أحدهما غائبا عن الآخر سواء كان في بلد آخر أو في البلد الذي هو فيه ولكن في محل آخر صح عقد الزواج بالكتابة وان اختلف مجلس الايجاب والقبول فاذا كتب رجل لامرأة موجبا زواجها فعندما وصلها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوّجت نفسي منه أو أمرت غيرها بقراءته وبعدها قالت زوجت نفسي منه او بعد ما احضرت الشهود قالت لهم فلان بعث اليّ يتزوجني فاشهدوا أني زوجت نفسي منه صح الزواج وان كان مجلس الايجاب والقبول مختلفاً لأنهما ليسا في مجلس واحد فاذا لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان فلا ينعقد لان سماع الشطرين شرط لصحة الزواج وباسماعهم

(مادة ٨) اذا زوج الاب بنته البالغة العاقلة بامرها ورضاها وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد صح النكاح بحضر شاهد واحد رجل او امرأتين

وكذلك اذا امر الاب غيره ان يزوج بنته الصغيرة فزوجها بمحضر رجل او امرأتين الاب و حاضر بالمجلس صح النكاح

الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعا الشطرين بخلاف ما اذا لم يوجد واحد منهما ولذا قال بعض المحققين ان هذا الشرط الذي هو اتحاد مجلس الايجاب والقبول لا استثناء منه أصلاً حتى في مسألة الزواج بالكتابة لان سماع الشهود الكتاب سواء كان منها أو من غيرها أو التعبير عنه منها ايجاب فكأن الكاتب أوجب في هذا المجلس وقولها زوجت نفسي منه في هذا المجلس قبول وحينئذ فمجلسهما متحد فلا استثناء . وهو حسن – انظر مادة (٩)

وبما ان اللفظ أدل على مقصود كل شخص من غيره والمعقود عليه في الزواج أمر خطير فلا يعدل عن اللفظ الى غيره الا لضرورة فاذا كان أحد المتعاقدين أخرس فلا يشترط اللفظ لانه غير ممكن منه وحينئذ يصح زواجه باشارته اذا كانت معلومة مؤدية الى فهم مقصوده – انظر مادة (١٠)

فاذا وجد عقد الزواج مستوفياً شرائطه المتقدمة صح ولا يحتاج الى الخطبة ولا الى تسمية المهر لان الخطبة سنة فلا تتوقف صحة الزواج عليها ولا يتعين فيها لفظ مخصوص ولكن الاحسن الخطبة بما ورد ومنه الحمد لله نحمده ونستعين به ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهدى الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له واشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله . يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي

(مادة ٩) لا ينعقد النكاح بالكتابة اذا كان العاقدان حاضرين وينعقد بكتابة الغائب ان يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرأ او تقرىء الكتاب على الشاهدين وتسمعهما عبارته أو تقول لهما فلان بعث الى يخطبني وتشهدهما في المجلس انها زوجت نفسها منه

(مادة ١٠) ينعقد نكاح الاخرس باشارته اذا كانت معلومة مؤدية الى فهم مقصوده

خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبا. يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وأنتم مسلمون . يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيما . وكما أن الخطبة ليست بشرط فكذا تسمية المهر ليست بشرط فى صحة العقد فيصح بدون تسمية المهر اتفاقا ومع نفيه أصلا عند الحنفية كما اذا قال لها تزوجتك بدون مهر وقبلت فان العقد يصح ولكن يجب للزوجة مهر المثل الآتى بيانه في مادة (٧٧) وقال الامام مالك رضى الله تعالى عنه لا يصح الزواج مع نفي المهر وقال بعض الشافعية ان تزوجها بلا مهر فى الحال ولا فى المستقبل لا يصح . ووجه قولها ان الزواج عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح فكذا الزواج بشرط ان لا مهر وكان مقتضي هذا أن يفسد بترك التسمية ايضاً الا أنه ترك بحديث ابن مسعود فى المفوضة . وقالت الحنفية ان الزواج عقد انضمام وازدواج فليس المال جزءاً في مفهومه فيتم بدونه خصوصاً وإن المقصود منه التوالد والتناسل والازدواج دون المال فلا يشترط فيه ذكره بخلاف البيع بل المهر حكم من أحكامه والحكم لا يشترط ذكره فى العقد كملك المشترى المبيع في عقد البيع فان ذكر الحكم فى العقد فيها ويجب على الزوج أداؤه وان لم يذكر فالواجب مهر المثل لان العادة ان المرأة لا تتزوج الا بمهر مثلها فرجعنا اليه عند تعذر ايجاب المسمى

والأحسن أن يتزوج امرأة صالحة معروفة النسب والحسب والديانة فان العرق نزاع . ولا يتزوج امرأة لحسبها وعزها ومالها وجمالها بل لدينها فان

تزوجها لذلك فلا يزداد به الا ذلا وفقراً ودناءة . والاحسن أيضاً أن يتزوج من هي فوقه في الخلق والادب والورع والجمال ودونه في العز والحرفة والحسب والمال والسن فان ذلك أبعد من احتقارهاله وافتتانهابغيره. ويختار ايسر الناس خطبة ومؤنة . وتزوج البكر أحسن للحديث « عليكم بالابكار فانهن أعذب أفواها وأنق ارحاماً وارضى باليسير » — انظر مادة (١١)

وعقد الزواج اما أن يكون منجزاً أو معلقاً على شرط أومقرونا بشرط او مضافا الى زمن مستقبل . فالمنجز هو ما صدر بصيغة مطلقة غير مقيدة بشيء ما كما اذاقال رجل لامرأة تزوجتك فقالت قبلت وهذا لا كلام في صحته بعد استيفائه الشروط المتقدمة .

والمعلق على شرط هو ما علق فيه مضمون جملة على مضمون جملة أخرى باداة من أدوات التعليق كان حضر ابنى من سفره فقدزوجتك له فقدعلق فيه مضمون جملة الجزاء وهو التزويج على مضمون جملة الشرط وهو حضور ابنه من السفر وهذا فيه تفصيل وبيانه أن مضمون فعل الشرط اما ان يكون كائناً اي محققاً وقت التكلم أو مستقبلاً محققاً اومعدوماً يتوقع وجوده فان كان محققاً وقت التكلم كان خطب رجل بنتاً لابنه فقال أبوها اني زوجتها من فلان فكذبه فقال أبوها انلم اكن زوجتها لفلان فقدزوجتها لابنك فقبل ابو الولد ثم علم كذبه ففي هذا المثال مضمون فعل الشرط وهو عدم تزويج البنت لفلان الذى ادعاه ابوها محقق في الماضي وحكم هذا الصحة ومثل هذا

(مادة ١١) ينعقد النكاح صحيحا بدون تسمية المهر ومع نفيه أصلا وبالعقد يجب مهر المثل للمرأة

ما اذا قال رجل لآخر ان كان ابنك حضر من سفره الآن زوجته ابنتي فقبل ابو الابن وكان الابن وقت التكلم بهذه العبارة حضر من سفره فان الزواج ينعقد صحيحا لان مدلول فعل الشرط فيه محقق .

وان كان مستقبلاً محققاً كما اذا قال رجل لامرأة ان جاء الغد فقد تزوجتك فان مجيء الغد وهو اليوم التالي ليومك الذي أنت فيه محقق وحكم هذا عدم الصحة

وان كان معدوماً يتوقع وجوده كما اذا قال ان رضي أبي تزوجتك وقبلت فان رضا الاب وقت هذا التكلم معدوم ويجوز رضاه وعدمه وحكم هذا ان العقد لا يصح وصاحب الدرر يقول ان العقد صحيح والتعليق لاغ وقال بعضهم ان وجد الشرط في المجلس صح العقد .

والمقرون بالشرط هو ما صدر فيه الايجاب غير مقيد بشيء أولا ثم أعقب بشرط زائد عليه كما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك بشرط أن لا أدفع لك مهراً فقبلت ففي هذا المثال صدر الايجاب وهو قوله تزوجتك منجزاً في اول الامر ولكن اتى بعده الشرط وهو عدم المهر وهذا فيه تفصيل لأن الشرط اما أن يكون من مقتضيات العقد كما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك بشرط أن أنفق عليك واما أن لا يكون من مقتضياته كما اذا شرط في العقد عدم المهر ففي الاول يصح العقد والشرط وفي الثاني يصح العقد ويلغو الشرط ويجب مهر المثل وستأتي هذه المسألة مفصلة ان شاء الله تعالى في الباب الرابع في شروط المهر .

والمضاف الى زمن مستقبل هو ما لم يقصد حصوله الآن بل قصد

حصوله بعد زمن معين كما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك غداً أو بعد شهر فان غرضه أن التزوج لا يحصل في هذا الوقت وانما يحصل في الغد أو بعد شهر من تاريخه وهذا لا ينعقد ولو جاء الزمن المضاف اليه — انظر مادة(١٢)

وزواج المتعة غير منعقد وصورته أن يقول أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال او يقول خذي مني هذه العشرة لأستمتع بك أياماً اومتعيني نفسك أياماً او عشرة ايام او لم يقل أياماً وهـذا العقد باطل وان حضره الشهود ويترتب على بطلانه أنه اذا مات احدهما فلا يرثه الآخر لان التوارث انما يكون بالعقد الصحيح .

وقال بعضهم انه جائز لانه كان مشروعاً فيبقى الى أن يظهر ناسخ له ويستدلون على قولهم بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن) وبقول عطاء سمعت جابراً يقول « تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وابى بكر ونصف من خلافة عمر ثم نهى الناس عنه » والى هذا القول ذهبت الشيعة وخالفوا سيدنا علياً كرم الله وجهه وأكثر الصحابة والحجة على هؤلاء ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد حرم الله تعالى ذلك الى يوم القيامة » وروى عن ابن عباس أنه امسك عن الفتوى بها فقال له سيدنا على انك تائه لان النبي عليه الصلاة والسلام نهي عن متعة النساء وقال بعضهم ثلاثة أشياء نسخت

(مادة ١٢) لا ينعقد النكاح المعلق بشرط غير كائن او حادثة غير محققة الحصول ولا يبطل النكاح المقرون بالشرط الفاسد بل يبطل الشرط دونه كما اذا اشترط الزوج في العقد عدم المهر فشرطه فاسد والعقد صحيح

مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس ولادليل لهم في الآية المتقدمة لان الاستمتاع معناه التزوج والمهر يسمى اجرة بدليل قوله تعالى (فانكحوهن باذن اهلهن وآتوهن أجورهن) أي مهورهن والجواب عن حديث جابر أن الذين كانوا يفعلون ذلك لم يبلغهم النسخ ثم بلغهم فتركوه وهو ظاهر من كلامه غير خفي

.. ومثل زواج المتعة الزواج المؤقت بوقت كما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك شهراً أو سنة سواء قصر الوقت او طال وقال زفر هو صحيح لازم لأن التوقيت شرط مخالف لمقتضى عقد الزواج والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الشرط . وغيره يقول ان الزواج المؤقت في معنى زواج المتعة لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد الزواج وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة للمعانى دون الالفاظ الا ترى أنه لو قال شخص لآخر جعلتك وكيلا بعد موتي يكون وصياً ولو قال جعلتك وصياً في حياتي يكون وكيلاوالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وما ذاك الا لاعتبار المعنى دون اللفظ واذا اعتبر المعنى صار متعة ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المدة التي عينت في العقد ان كان الزوجان لا يعيشان اليها في الغالب كمائة سنة مثلا صح العقد لأنه في معنى المؤبد . وهو حسن

وجه الاول أن التأقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأبيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى عشرة

أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفى هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء ويرد على هذا اشتراط الطلاق بعد شهر مثلاً وقت العقد فان العقد صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه . وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبداً ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحاً والشرط باطلاً . وأما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضى المدة عقد كما في الاجارة .

والفرق بين زواج المتعة والزواج المؤقت ان المؤقت يكون بلفظ التزويج وفى المتعة بلفظ أتمتع أو استمتع . وقال صاحب الفتح الذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود فى المتعة وتعيين المدة وفى المؤقت الشهود وتعيينها — أنظر مادتي (١٣) و (١٤)

وزواج الشغار صحيح وهو أن يزوج رجل موليته على أن يزوجه الآخر موليته ليكون بضع كل من المرأتين مهراً للاخرى سواء كانت المولية بنتاً أو أختاً أو غيرها . وصورته أن يقول رجل لآخر زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ليكون بضع كل منهما مهراً للاخرى فان قبل الثانى على هذا الشرط كان هذا زواج الشغار وهو صحيح ولكن يجب لكل من البنتين مهر مثلها على زوجها لانهما سميا ما لا تصلح تسميته مهراً اذ المسمى ليس بمال فوجب مهر

(مادة ١٣) لا ينعقد النكاح المؤقت على الصحيح كنكاح المتعة

(مادة ١٤) نكاح المتعة هو ان يعقد الرجل عقداً على امرأة بلفظ المتعة وهو باطل لا ينعقد اصلا وان حضره الشهود ولا يتوارث به الزوجان

المثل وقال الشافعي رحمه الله تعالى والامام أحمد يفسد الزواج بهذا الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شغار في الاسلام » والنهي يقتضي فساد المنهي عنه واستدلت الحنفية بأن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة وهذا شرط فيه فلا يفسده بل يفسد الشرط الا ترى انه لا يفسد بتسمية ما ليس بمال ولا بترك التسمية بالكلية والنهي الوارد فيه انما كان من أجل اخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير ان يجب فيه شيء آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم في الجاهلية ونحن لا نخليه من المهر بل نوجب مهر المثل فكان صحيحاً.

فان لم يقولوا في العقد ان بضع كل واحدة مهر للاخرى ولا معناه بل قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز الزواج اتفاقا ولا يكون شغاراً. ولو زاد قوله على ان يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقاً كان الزواج الثاني صحيحاً اتفاقاً والاول على الخلاف. وأصل الشغور الخلو يقال بلدة شاغرة اذا خلت عن السلطان والمراد هنا الخلو عن المهر لانهما بهذا الشرط كأنهما اخليا البضع عنه — انظر مادة (١٥)

وبعض العقود يثبت فيه خيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب مثل البيع فاذا اشترى شخص من آخر شيئاً وصف له ولم يكن رآه قبل الشراء فعند رؤيته له يخير بين امضاء عقد البيع وفسخه. واذا اشترى شيئاً وجعل لنفسه الخيار مدة ثلاثة ايام صح العقد والشرط وهو في المدة التي عينها مخير بين امضاء

(مادة ١٥) نكاح الشغار وهو ان يجعل بضع كل من المرأتين مهراً للاخرى ينعقد صحيحاً ويجب بالعقد مهر المثل لكل منهما

البيع وفسخه . واذا اشترى شيئاً ووجد به عيباً لم يكن عالماً به قبل الشراء ولم تحصل البراءة منه فله رده على البائع واخذ ما دفعه من الثمن. وكل من خيار الرؤية والعيب يثبت وان لم يشترط في العقد لان السبب في ثبوتهما الرؤية والعيب فمتى وجد السبب وجد المسبب بخلاف خيار الشرط فانه لا يثبت الا باشتراطه في العقد اذ لا يتأتى وجود المسبب الذي هو الخيار الا اذا وجد السبب وهو الشرط .

وبعض العقود لا تثبت فيه هذه الخيارات ومنها عقد الزواج فاذا تزوج رجل امرأة ولم ير احدهما صاحبه قبل التزوج فليس لواحد منهما فسخ العقد مدعياً ان له خيار الرؤية لان الشارع اباح لكل منهما نظر صاحبه قبل العقد كما عرفته في شرح مادة (٣) فاذا لم يحصل كان التقصير من جهة كل منهما فلا يثبت له الخيار ولانه يترتب على الفسخ ضرر لكل منهما . واذا تزوج بها واشترط احدهما الخيار لنفسه في مدة ثلاثة ايام صح العقد وبطل الشرط فليس للمشروط له الخيار ان يفسخ العقد في المدة لان فائدة هذا الشرط ان الانسان يختار ما هو الصالح له من الامرين ويمضيه فكان عليه ان يبحث قبل اقدامه على العقد لان الفسخ هنا يترتب عليه ضرر بخلاف البيع .

واذا تزوجها واشترط الزوج في العقد شفاها او بالكتابة جمال المرأة او بكارتها او سلامتها من العيوب او اشترطت المرأة سلامته من الامراض والعاهات فالعقد صحيح والشرط فاسد حتى اذا وجد احدهما صاحبه على خلاف ما اشترط فليس له الخيار في فسخ الزواج . وانما يثبت الخيار للمرأة اذا وجدت زوجها مجبوباً او خصياً او عنيناً فالمجبوب هو مقطوع الاعضاء المعلومة والخصي منزوع الخصيتين لا العضو المعلوم والعنين هو من لا يمكنه ان يصل الى النساء عجزاً

او لا يريدهن فتى وجدت المرأة زوجها متصفاً باحدى هذه الصفات ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح فان شاءت أقامت معه وان شاءت رفعت الامر للقاضى ليفرق بينهما كما سيأتى بيانه في مادة (٢٩٨) وقال محمد لا يخير الزوج بعيب في الزوجة أصلاً وتخير هى اذا وجدت زوجها معيباً بواحد من ثلاث وهى الجنون والجذام والبرص اذ لا تطيق المقام معه فيتعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان كالجب والعنة بخلاف ما اذا كان بها عيب لان الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ويمكنه ان يستمتع بغيرها . وهذا حسن . وغيره يقول ان المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيوب لا تفوته بل توجب فيه خللا فلا يثبت الرد . والجذام هو داء يشق الجلد ويقطع اللحم فيتساقط منه والفعل جذم على ما لم يسم فاعله بمعنى أصابه الجذام وهو مجذوم ويقال اجذم والبرص هو بياض شديد مبقع . وجن الرجل على ما لم يسم فاعله فهو مجنون واجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مجن ولا جنه الله تعالى وانما يقال اجنه الله تعالى فهو مجنون .

وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه يثبت الخيار لكل من الزوجين اذا اتصف صاحبه بالجنون او الجذام او البرص سواء كانت هذه العيوب موجودة قبل العقد او وجدت بعده وهذا الخيار ثابت لكل منهما وان كان هو معيباً بالعيب الذي قام بصاحبه لان الانسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه ولان هذه الاشياء تعاف طبعاً وايد بالشرع فقال عليه الصلاة والسلام « فرّ من المجذوم فرارك من الاسد » وقيس عليه غيره بجامع النفرة في كل . ويثبت الخيار لوليها بكل من العيوب المتقدمة ان قارن العيب العقد وان رضيت هي لانه يعير بذلك بخلاف ما اذا وجدت بعد العقد فانه لا يعير به /ويثبت الخيار للزوج

اذا وجد بزوجته رتقاً أو قرناً وهما عبارة عن وجود لحم أو عظم في المحل المعلوم .

ويثبت الخيار للزوجة اذا وجدت زوجها مجبوباً أو عنيناً قبل وطء فالعيوب ثلاثة أقسام قسم مشترك وهو الجنون والجذام والبرص وقسم خاص بالنساء وهو الرتق والقرن وقسم خاص بالرجال وهو الجب والعنة . ولا خيار لهما بغير ذلك كخنوثة واستحاضة وقروح سيالة

وكل هذا عند عدم الشرط فلو شرط في أحدهما وصف لا يمنع صحة الزواج سواء كان هذا الشرط كمالاً كالجمال والبكارة والحرية أو نقصاً كضدها أو لا كمالاً ولا نقصاً كالبياض والسمرة فان وجد المشروط فيها وان لم يوجد فالعقد صحيح ويثبت الخيار لمن شرط من الزوجين ان ظهر الموصوف أقل مما شرط فان ظهر مثله أو فوقه فلا خيار وكذا لا يثبت الخيار لكل من الزوجين ان ظن أن صاحبه متصف بوصف فبان خلافه كأن ظنته عدلا كفؤاً فظهر فسقه أو دناءة نسبه أو حرفته أو ظنها مسلمة أو حرة فتبين أنها كتابية أو رقيقة لان كلاً منهما مقصر بترك البحث أو الشرط

وقال الامام مالك رحمه الله تعالى يثبت الخيار لكل من الزوجين اذا كان صاحبه معيباً بشرط أن لا يسبق له علم بالعيب قبل العقد ولم يرض بالعيب حال اطلاعه عليه . والظاهر ان هذا ليس خاصاً بمذهب الامام مالك بل يقول به كل من يثبت الخيار بالعيوب . فان علم بالعيب قبل العقد فلا خيار له وكذا ان رضي بالعيب حال اطلاعه عليه سواء كان رضاه صريحاً أو ضمناً بأن تلذذ بصاحبه بعد اطلاعه على العيب فلا خيار له وهذا الخيار ثابت لكل منهما ولو كان هو معيباً بنفس العيب الذي عند صاحبه لان الانسان يعاف من غيره

ما لا يعافه من نفسه وبعضهم وهو اللخمي يقول ان كان معيبا بغير عيب صاحبه فله الخيار وان تماثلا في العيب ثبت الخيار له لا لها لانه بذل الصداق لسالمة فوجدها ممن يكون صداقها أقل وظاهر كلامهم ترجيح الاول . وقسم العيوب الى ثلاثة أقسام قسم مشترك بين الرجال والنساء وهو أربعة الجنون وان وقع مرة في الشهر والجذام والبرص والعذيطة وقسم يختص بالرجال وهو أربعة الخصاء والجب والعنة والاعتراض وقسم يختص بالنساء وهو خمسة الرتق والقرن والعفل والافضاء والبخر

ومحل ثبوت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب المتقدمة ان كانت موجودة وقت العقد ولم يعلم بها كما تقدم فان حدثت بعد العقد فاما أن تكون بالزوجة أو بالزوج فان كانت بالزوج فلها رده ببرص وجذام وجنون لشدة التأذي بها وعدم الصبر عليها وليست العصمة بيدها حتى تفارقه وان كانت بالزوجة فليس له ردها لان العصمة بيده . فاما ان يطلق أو يرضى

ولا يثبت الخيار لكل من الزوجين في غير هذه العيوب كالعمى والعور والعرج مما يعد في العرف عيبا وكل هذا عند عدم الشرط فان وجد اتبع وله الرد أو لها بكل عيب اشترطت البراءة منه واذا وصفها وليها عند الخطبة بقوله هي سليمة العينين طويلة الشعر لا عيب بها فوجدت بخلافه فله الرد لان وصفه لها منزل منزلة الشرط وكذا وصف غيره كامها بحضوره وهو ساكت

ولا يثبت الخيار لكل منهما بخلف الظن فاذا ظن أحدهما صاحبه متصفا بوصف مخصوص وتبين خلوه منه فليس له رده لان التقصير حاصل من جهته بترك البحث أو الشرط

وقال الامام أحمد بن حنبل يثبت الخيار لكل من الزوجين بالعيب في

صاحبه وقدم العيوب الى ثلاثة أقسام أيضاً فالمختص بالرجل الجب والشلل والخصاء والعنة ففي الاولين لها طلب الفسخ ومتى ثبت ذلك يجاب للحال لانه لا فائدة في التأجيل وفي الاخيرين يؤجل سنة هلالية فان حصل المقصود فيها والا يفسخ القاضي بالطلب

والمختص بالانثى انسداد المحل بأي شيء كان أو بخره أو تقرحه بقروح سيالة او كانت مفضاة او مستحاضة في الاصح . والمشترك بينهما الجنون ولو أحياناً والجذام والبرص وبخر الفم والباسور والناسور واستطلاق البول والغائط فيفسخ بكل عيب تقدم سواء كان مختصاً اومشتركاً ولا يثبت الخيار بغير ماذكر من العيوب كالعرج والعور والعمى والخرس والطرش والقرع اذا لم تكن له رائحة لان ذلك كله لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه بخلاف العيوب المتقدمة ومحل ثبوت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب المتقدمة اذا لم يعلم به وقت العقد ولم يزل بعده ولم يرض به حال اطلاعه عليه فان علم به وقت العقد او زال العيب بعده فلا خيار وكذا لو رضي به حال اطلاعه عليه سواء كان رضاه صريحاً كقول من له الخيار اسقطت الفسخ اودلالة كالوطء بعد العلم ان كان الخيار له وتمكينها منه ان كان الخيار لها لان كلا منهما يدل على الرغبة في صاحبه . وماذهب اليه غير الحنفية في باب الرد بالعيوب هو الاوجه — انظر مادة (١٦)

(مادة ١٦) لا يثبت في النكاح خيار رؤية ولا خيار شرط ولا خيار عيب سواء جعل الخيار للزوج او للزوجة . فاذا اشترط الزوج في العقد شفاهاً او بالكتابة جمال المرأة او بكارتها او سلامتها من العيوب اواشترطت المرأة سلامته من الامراض والعاهات فالعقد صحيح والشرط باطل حتى اذا وجد احدهما صاحبه بخلاف ما اشترط فليس له الخيار في فسخ النكاح وانما يكون الخيار بشروطه للمرأة اذا وجدت زوجها عنيناً او نحوه

واما احكامه فهي المترتبة عليه عند حصوله اذ حكم كل عقدهو مايترتب عليه فتى انعقد الزواج مستوفياً كل الشرائط المتقدمة ترتبت عليه الاحكام التي تناسبه وحينئذ تثبت الزوجية بين الرجل والمرأة ويلزم كلاً منهما احكامه سواء زفت اليه الزوجة او لم تزف فيترتب عليه المهر بالعقد ولوكان مجرداً عن الزفاف فان سميا مهراً وقت العقد وكانت التسمية صحيحة فهو الواجب وان لم يسميا او سميا ما لا تصلح تسميته مهراً فالواجب عليه مهر المثل. وتلزمه نفقتها بأنواعها الثلاثة وهي الكسوة والسكنى والاكل على حسب حال الزوجين الا اذا كانت ناشزة اي خارجة عن طاعته بغير حق او كانت صغيرة بحيث تكون غير صالحة للوطء ولا للاستئناس بها في بيته فلا تلزمه النفقة

ويترتب عليه ايضاً حل استمتاع كل منهما بالآخر بعد ان لم يكن جائزاً قبل العقد وتثبت له ولاية التأديب عليها وتجب عليها طاعته فيما هو مباح شرعاً فان امرها بما ليس كذلك كشرب الخمر او ترك الصلاة او الصوم مثلا فلا تجب عليها الطاعة بل الواجب مخالفته فيما ذكر وتتقيد بملازمة بيته فلا تخرج بغير حق شرعي الا باذنه ولها الخروج بحق شرعي ولو ابى كالخروج لزيارة ابويها في كل اسبوع مرة وباقي المحارم في كل سنة مرة . ولا تمنعه من الاستمتاع بها بلا عذر شرعي فمعه يجب عليها المنع اذا كانت حائضاً او نفساء وكذا اذا لم يوفها معجل مهرها فلها منعه من ذلك لانه اذا لم يقم بحقوقها فلها منعه من حقوقه. ويترتب عليه ايضاً ثبوت حرمة المصاهرة وهي حرمة الزوجة على اصول الزوج وفروعه سواء دخل بها او لم يدخل وحرمة اصول الزوجة على الزوج دخل او لم يدخل وحرمة فروعها عليه ان دخل بها . ويترتب عليه ايضاً ثبوت

الارث من الجانبين فاذا مات الرجل بعد العقد على المرأة أو ماتت هي ولو قبل الدخول ورث الحى منهما المتوفي - انظر مادة(١٧)

ومتى انعقد الزواج غير صحيح بأن فقد شرطاً من الشروط التي عرفتها مما تقدم فلا تثبت الزوجية ولا تترتب عليه الاحكام فيلزمهما ان يفترقا لأن كلاً من المتعاقدين يجب عليه عدم الامضاء في العقد الفاسد فاذا لم يفترقا وجب على القاضي التفريق بينهما لانه نصب ناظراً للمصالح الدينية والدنيوية ولا تثبت به حرمة المصاهرة فلا تحرم المرأة على اصول الرجل وفروعه ولا تحرم عليه أصولها وفروعها ولكن محل عدم حرمة المصاهرة ان تركها أو فرق القاضي بينهما قبل الوطء أو ما يقوم مقامه وهو اللمس والنظر بشهوة فان حصل ما ذكر بعد واحد من هذه الأشياء ثبتت حرمة المصاهرة المتقدمة كما ستعرفه في مادة (٢٤) ولا يتوارث به الزوجان فاذا مات أحدهما ولو بعد الدخول فلا يرثه الآخر لان التوارث انما يكون بعد العقد الصحيح لا الفاسد ولا يلزم الزوج المهر المسمى في العقد ولا مهر المثل ان لم تكن هناك تسمية ان حصل التفريق قبل الوطء أو فض البكارة ان كانت بكراً فان كان

(مادة ١٧) متى انعقد النكاح صحيحا ثبتت الزوجية ولزم الزوج والزوجية احكامه من حين العقد ولو لم يدخل بالمرأة فيجب عليه بمجرد العقد مهر مثلها ان لم يكن سمي لها مهرا وتلزمه نفقتها بانواعها ما لم تكن ناشزة او صغيرة لا تطيق الوطء ولا يستأنس بها في بيته . ويحل استمتاع كل منهما بالآخر ويثبت له ولاية التأديب عليها وتجب عليها طاعته فيما كان مباحا شرعا وتتقيد بملازمة بيته ولا تخرج بغير حق شرعي الا باذنه ولا تمنعه من الاستمتاع بها بلا عذر شرعي بعد ايفائها معجل مهرها وتثبت حرمة المصاهرة ويثبت الارث من الجانبين الى غير ذلك من احكام النكاح

بعد واحد منهما لزمه مهر المثل لان الوطء فى دار الاسلام لا يخلو عن عقر بالضم وهو المهر أو عقر بالفتح وهو الحد وقد انتفى الثاني لوجود الشبهة وهو العقد فيجب الاول — انظر مادة(١٨)

الباب الثالث

﴿ فى موانع النكاح الشرعية وبيان المحللات والمحرّمات من النساء ﴾

لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله تعالى عن محلية الزواج بالنسبة الى بعض بني آدم سواء كان هذا الاخراج دائما أو مؤقتا بوقت مخصوص أفرد الفقهاء له باباً على حدته وبينوا فيه أسباب التحريم فمتى وجد سبب منها حرم التزوج ومتى انتفى السبب حل . ولكن لا يجوز للرجل أن يجمع فى عصمته من المحللات ما شاء من العدد بل يقتصر على أربع نسوة فى عصمته سواء كان تزوجهن في عقود متفرقة كما اذا تزوج كل شهر مثلا واحدة أو فى عقد واحد بأن وكل أربع نسوة رجلا فى أن يزوجهن لفلان فقال هذا الوكيل للرجل زوجتك موكلاتي فلانة وفلانة الخ فقبل الرجل صح هذا العقد بالنسبة الى

(مادة ١٨) كل عقد نكاح لم تحضره الشهود او فقد شرطا آخر من شروط الصحة فهو فاسد لا تترتب عليه احكام النكاح ويجب التفريق بين الزوجين ان لم يفترقا ولا تثبت به حرمة المصاهرة اذا وقع التفريق او المتاركة قبل الوطء او ما يقوم مقامه ولا يتوارث فيه الزوجان واذا لم يسم الزوج مهرا للمرأة وقت العقد فلا يلزمه مهر مثلها الا بعد اتيانها فى القبل او فض بكارتها ان كانت بكراً

الجميع اذا لم يكن متزوجا بغيرهن فقد حصل فى هذا المثال تزوج أربع فى عقد واحد ويمكنك الاتيان بعدة أمثلة

والدليل على أن الرجل لا يجوزله الا تزوج اربع قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) والنص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال القاسم بن ابراهيم يجوز التزوج بالتسع لان الله تعالى أباح نكاح ثنتين بقوله مثنى ثم عطف عليه ثلاث ورباع بالواو وهى للجمع فيكون المجموع تسعا ومثله عن النخعي وابن ابى ليلى وقال بعض الشيعة والخوارج يجوز ثماني عشرة امرأة لان قوله مثنى يفيد التكرار لكونه معدولا به عن اثنين اثنين مكررا وكذلك ثلاث ورباع واقل التكرار مرتان فيكون ثماني عشرة وبعض الناس يقول ان للرجل أن يتزوج ما شاء من العدد لان مثنى وثلاث ورباع يفيد التكرار من غير حصر

وهؤلاء خرقوا الاجماع لان الامة اجمعت على انه لا يجوز أكثر من اربع ولا حجة لهم فيما ذكر لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى القسمة آحادا كما تقول ركب القوم دوابهم . والواو بمعنى او وحجة الاجماع ماصح ان النبي عليه الصلاة والسلام فرق بين غيلان الثقفى وبين ما زاد على الاربع من النسوة حين أسلم وتحته عشر نسوة وغيره ممن اسلم وهو متزوج اكثر من اربع ولم ينقل عن احد فى زمن النبي عليه الصلاة والسلام ولا بعده الى زمننا هذا انه جمع بين اكثر من اربع نسوة بالزواج . ولو كان المعنى كما زعموا لما كان لذكر ثلاث ورباع معنى لان مثنى يفيد التكرار لا الى نهاية وحصر وكلام الله سبحانه وتعالى منزه عن التكرار وعدم المعنى

وهذا اذا كان الرجل حراً فلو كان رقيقاً فلا يجوز له الا تزوج اثنتين وهو قول سيدنا عمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف لان الرق منصف للنعمة فيتنصف العدد المباح للحر بالنسبة للزواج ومع هذا فالاحسن لمن خاف عدم العدل بين الزوجات ان لا يتزوج الا واحدة لقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة — انظر مادة (١٩)

فمتى كان هذا العدد بالنسبة للحر والعبد محلاً للعقد صح الزواج وان كان غير محل له بأن كانت المرأة محرمة على من يريد التزوج بها لاى سبب كان كان العقد فاسداً — انظر مادة (٢٠)

واسباب تحريم المرأة على الرجل تنقسم الى قسمين مؤبدة ومؤقتة . فالمؤبدة تنحصر في ثلاثة انواع الاول المحرمات بسبب النسب الثانى المحرمات بسبب المصاهرة الثالث المحرمات بسبب الرضاع . والمؤقتة تنحصر فى خمسة انواع النوع الاول حرمة الجمع بين المحارم الثانى حرمة الجمع بين الاجنبيات زيادة على اربع الثالث عدم الدين السماوى الرابع التطليق ثلاثا الخامس تعلق حق الغير بزواج او عدة والاصل في هذا قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم

(مادة ١٩) يجوز للحر ان يتزوج اربع نسوة فى عقد واحد او فى عقود متفرقة

(مادة ٢٠) يشترط لصحة النكاح ان تكون المرأة محلا له غير محرمة على من يريد التزوج بها

اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفوراً رحيما والمحصنات من النساء) وآيات آخرى سترد عليك — انظر مادة (٢١)

واذكر لك كلا منها على حدته فنقول

﴿ المحرمات بسبب النسب ﴾

يحرم بالنسب أنواع أربعة الاول أصول الشخص الثانى فروعه ولو بعدت الوسائط الثالث فروع أبويه وان نزلوا الرابع فروع أجداده وجداته اذا انفصلوا بدرجة واحدة فيحرم عليه بالاول والثانى أمه وجدته وان علت سواء كانت من جهة الام أو من جهة الاب وبنته وبنت بنته وبنت ابنه وان نزلت كل منهما لقوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم)

ولا يقال ان النص قاصر على الام والبنت فلا يتناول الجدة ولا بنت البنت ولا بنت الابن فلا تحرم كل منهن لانا نقول ان الجدات امهات اذ الام معناها في اللغة الاصل والبنت معناها الفرع قال الله تعالى (هن ام الكتاب) اي أصله وقال عليه الصلاة والسلام « الخمر ام الخبائث » اى أصلها وعلى هذا تكون حرمة من ذكر ثابتة بهذه الآية أو نقول ثبتت حرمة الجدات وبنات

(مادة ٢١) أسباب التحريم قسمان مؤبدة ومؤقتة فالمؤبدة هي القرابة والمصاهرة والرضاع والمؤقتة هى الجمع بين محرمين والجمع بين الاجنبيات زيادة على اربع وعدم الدين السماوى والتطليق ثلاثاً وتعلق حق الغير بنكاح او عدة

الاولاد بالاجماع أو نقول ثبتت حرمتهن بدلالة النص لان الله تعالى حرم العمات والخالات وهن أولاد الجدات فمن أقرب من أولادهن فيحرمن من باب اولى وكذا حرم بنات الاخ وبنات الاخت ولاشك أن بنات الاولاد اقرب منهن فكن أولى بالتحريم لان الحكمة في تحريم هؤلاء تعظيم القريب وصونه عن الاستخفاف لان في الاستفراش استخفافاً به وتعظيمه واجب شرعاً ولان تزوجهن يفضي الى قطع الرحم لان التزوج لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين فيكون ذلك سبب جريان الخشونة بينهما فيفضي الى قطع الرحم فيمنع منه أصلا فكل من كان أقرب فهو أولى بالمنع

ويحرم عليه بالثالث والرابع اخته وبنتها وبنت أخيه وان نزلت درجتهما وعمته وعمة اصوله وخالته وخالة اصوله لقوله تعالى في الآية السابقة (واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت) ويشمل النص الاخت لابوين او لاب أو لام وبنت كل منهن ويشمل أيضاً بنت الاخ الشقيق أو لاب أو لأم وكذلك يشمل العمات والخالات المتفرقات لان الاسم يشمل الجميع وكذا يدخل في العمات والخالات بطريق الحقيقة عمة الاب والجد وان علا وخالة كل منهما وعمة الام والجدة وان علت وخالة كل منهما . فاذا علمت ما تقدم تعلم أن بنات الاعمام والعمات وبنات الاخوال والخالات تحل وليست الحرمة والحل المتقدمان قاصرين على المذكر بل يشملان المذكر والمؤنث فكما يحرم على الرجل أن يتزوج باصوله وفروعه من الاناث يحرم كذلك على المرأة التزوج باصولها وفروعها من الذكور وكما يحرم على الرجل ان يتزوج بنات أخواته واخوته يحرم على المرأة التزوج بابناء اخواتها واخوتها وهكذا وكما يحل للرجل

بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات يحل للمرأة ابناء الاعمام والعمات الخ انظر مادة (٢٢)

﴿ المحرمات بسبب المصاهرة ﴾

ويحرم بالمصاهرة أنواع أربعة أيضاً. الاول فرع زوجته المدخول بها الثاني اصول زوجته . الثالث زوجة فروعه وان سفلوا. الرابع زوجة اصوله وان علوا

فبالأول يحرم على الرجل ان يتزوج بنت زوجته التي دخل بها لقوله تعالى في الآية السالفة (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) لثبوت قيد الدخول فيها سواء كانت في حجره أو في حجر غيره لان ذكر الحجور في الآية خرج مخرج العادة لا الشرط اذ العادة ان المرأة اذا تزوجت وكان لها بنت تأخذها معها الى منزل زوجها وحينئذ تكون في حجره ويجوز أن يكون ذكر الحجر للتشنيع عليهم بذكر قبيح فعلهم لا لتعلق الحكم به كما في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة) وقوله (ولا تأكلوها أسرافا وبدارا)

ويدلك على هذا أنه اكتفى في الاحلال بنفي الدخول في قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ولو كان الحجر شرطاً لما اكتفى بنفي الدخول

(مادة ٢٢) يحرم على الرجل أن يتزوج من النسب امه وجدته وان علت وبنته وبنت بنته وبنت ابنه وان سفلت واخته وبنت اخته وبنت اخيه وان سفلت وعمته وعمة أصوله وخالته وخالة اصوله وتحل له بنات العمات والاعمام وبنات الخالات والاخوال وكما يحرم على الرجل ان يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال ويحل للمرأة ابناء الاعمام والعمات وابناء الاخوال والخالات

بل كان يقول فان لم تكونوا دخلتم بهن ولسن فى حجوركم فلا جناح عليكم

وبعضهم يقول لا تحرم بنت الزوجة الااذادخل الزوج بأمهاوكانت فى حجره مستدلا بظاهر هذه الآية وقد عرفت الجواب عنه

ويشترط فى التحريم بالدخول ان يكون هو مشتهى وهي مشتهاة أيضاً بأن كانا بالغين او مراهقين فان كان كل منهما غير مشتهي وقته أو كان هو مشتهى وهى غير مشتهاة او بالعكس وحصلت الفرقة بينهمافلا يثبت التحريم ولو بعد الدخول فاذا تزوج صغيرة لا تشتهى فدخل بهاوطلقهاوانقضت عدتهافتزوجت بغيره واتت منه ببنت جاز للاول التزوج ببنتهالعدم الاشتهاء ومثله ما اذا تزوج صغير امرأة مشتهاة ودخل بها وافترقا قبل اشتهائه وكان لها بنت جاز له التزوج بها

وبنت خمس لا تكون مشتهاة اتفاقا وبنت تسع فصاعدا مشتهاة اتفاقا وفيما بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايخ والاصح انها لاتثبت الحرمة والذى حققه ابن عابدين في الغلام انه يكون مراهقاً اذا بلغ سنه اثنتى عشرة سنة . ومثل هذا ما اذا وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول بأن ماتت المرأة او طلقها قبله فلا تحرم عليه بنتها لاشتراط الدخول فى الآية ولم يوجد

وبالثانى يحرم على الرجل ان يتزوج ام زوجته وجدتها من أي جهة كانت سواء دخل بزوجته أو لم يدخل لقوله تعالى (وامهات نسائكم) ولم يشترط الدخول كما اشترطه فى البنت ولفظ الامهات يشمل الجدات كما عرف ذلك مما تقدم

وبالثالث وبالرابع تحرم زوجة أبيه وزوجة ابنه وان بعد الاب أوالابن

بان كان أبا الأب أو أبا الأم أو أبا أم الأب وان علا أو كان ابن الابن وان سفل . أما حرمة زوجة الاصل فلقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) ولفظ الآباء يتناول الآباء والاجداد . وأما حرمة زوجة الفرع فلقوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم)وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع ولفظ الابناء يتناول ابناء الاولاد وان سفلوا . ولا يشترط فى التحريم دخول الفرع والأصل بالزوجة لاطلاق النص ولكن محل الاطلاق اذا كان العقد صحيحاً فلو فاسداً لم يثبت التحريم الا بالدخول أو ما يقوم مقامه فالذى علم مما تقدم أن الزوجة تحرم على أصول الزوج وعلى فروعه ويحرم على الزوج أصول الزوجة وفروعها فقط واما فروع الزوجة واصولها فلا تحرم على اصول الزوج وفروعه فيجوز ان يتزوج رجل امرأة وابنه أو أبوه امها أو بنتها من غيره — انظر مادة(٢٣)

وابو حنيفة يقول من زنى بامرأة أو لمسها أو نظر الى العضو المخصوص منها بشهوة ترتبت حرمات المصاهرة فيحرم على الزاني التزوج بفروع المزنى بها واصولها وتحرم المزني بها على اصول الزانى وفروعه ولا تحرم على اصول الزاني وفروعه اصول المزني بها ولا فروعها فيجوز لابن الزاني ان يتزوج ام مزنية ابيه وبنتها ويجوز لابى الزانى التزوج بام المزنى بها وبنتها متبعا في ذلك لسيدنا عمر وعمران

(مادة ٢٣) يحرم على الرجل ان يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وهو مشتهي وهي مشتهاة سواء كان في نكاح صحيح او فاسد فان دخل بها وهو غير مشتهي أو هي غير مشتهاة أو ماتت قبل الدخول أو طلقها ولم يكن دخل بها فلا تحرم عليه بنتها . وتحرم عليه أم زوجته بمجرد العقد الصحيح عليها وان لم يدخل بها وزوجة فرعه وان سفل وأصله وان علا ولو لم يدخل بها فى النكاح الصحيح

ابن الحصين وجابر بن عبد الله وابى بن كعب وعائشة وابن مسعود وابن عباس وجمهور التابعين واستدلوا على ذلك بقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) بناء على أن النكاح هو الوطء حقيقة ولهذا حرم على الابن ما وطيء ابوه بملك اليمين وبقوله عليه الصلاة والسلام « ملعون من نظر الى فرج امرأة وبنتها » وبقوله صلى الله عليه وسلم « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها » وقال الشافعي رحمه الله تعالى الزنا لا يوجب حرمة المصاهره واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحرم الحرام الحلال » ولانها نعمة فلا يكون المحظور سبباً فى زوالها ولان الزنا لو كان مؤثراً لحلل المزني بها للمطلق ثلاثاً . ومذهب الامام الشافعى هو الظاهر — انظر مادة (٢٤)

﴿ المحرمات بسبب الرضاع ﴾

يحرم بالرضاع كل من يحرم بالنسب والمصاهرة وهن امه وبنته واخته وبنات اخوته واخواته وعمته وخالته وأم امرأته وبنتها وامرأة أبيه وامرأة ابنه كل ذلك يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب والمصاهرة لقوله تعالى (وامهاتكم اللاتى أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة) وهذه الآية وان لم ينص فيها الا على الام والاخوات من الرضاعة ولكن ثبتت حرمة الباقي بقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فلو أرضعت امرأة صبيا حرم عليه زوجة زوج المرضعة الذي نزل لبنها منه لأنها امرأة أبيه من

(مادة ٢٤) يحرم على الرجل أن يتزوج أصل مزنيته وفرعها وتحرم المزنى بها على أصوله وفروعه ولا تحرم عليهم أصولها وفروعها

الرضاعة ويحرم على زوج المرضعة امرأة هذا الصبي لانها امرأة ابنه من الرضاعة وحرم على هذا الصبي أيضاً بنات المرضعة وبناتهن لأنهن اخواته وبنات اخواته وهكذا الباقي وهناك مسائل مستثناة من عموم هذا الحديث ووجه الاستثناء ان المعنى الذى لأجله حرم في النسب ليس موجوداً فيها

فمن هذه المسائل ام اخيه رضاعا فاذا ارضعت امراة صبياً وكان لها ابن من النسب يجوز لابنها ان يتزوج بأم الصبي الذى رضع من امه مع انها ام اخيه رضاعاً لان ام الاخ من النسب انما حرمت لكونها امه ان كانا شقيقين او زوجة ابيه ان كانا لأب وهذا المعنى منتف في الرضاع ومنها اخت ابنه رضاعاً فاذا ارضعت امرأة ولداً ولهذا الولد اخت لم ترضع من تلك المرأة يجوز لزوج المرأة أن يتزوج أخت ذلك الولد الذي هو ابنه من الرضاع لان اخت الابن من النسب انما حرمت لانها اما بنته او بنت زوجته المدخول بها وهذا المعنى منتف في الرضاع واما اخت الاخ فانها تحل نسباً فرضاعا من باب اولى فاذا كانت لامرأة بنت وتزوجت هذه المرأة بغير ابي البنت ورزقت منه بابن وكان لهذا الرجل ابن من غير تلك المرأة جاز لهذا الابن ان يتزوج تلك البنت مع انها اخت اخيه من النسب وسيأتي لك زيادة ايضاح في باب الرضاع

وانما كانت حرمة من ذكر مؤبدة أى لا تحل اصلا لان سبب الحرمة موجود على الدوام فتى ثبتت الامومة او زوجية الاصل أو الفرع فلا تنفك ما داما موجودين بخلاف ما يأتي لان سبب الحرمة قد يزول فالحرمة ثابتة مادام السبب موجوداً فان زال زالت الحرمة وثبت الحل كزوجة الغير مثلاً فانها تحرم ما دامت هذه الزوجية قائمة فان زالت الزوجية زالت الحرمة وثبت

الحل — انظر مادة(٢٥)

﴿ الجمع بين محرمين ﴾

يحرم على الرجل ان يجمع بين الاختين فاذا كانت امرأة في عصمته فلا يجوز له أن يتزوج اختها وكذلك اذا طلقها ولم تنقض عدتها سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً لان آثار الزواج باقية مادامت العدة فاذا انقضت العدة جاز له التزوج باختها ومثل اخت الزوجة عمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها فلا يجوز له ان يتزوج على من في عصمته او في عدته عمتها ولا خالتها ولا بنت أخيها ولا بنت أختها لقوله تعالى في الآية السالفة (وأن تجمعوا بين الاختين) وسرى حكمها الى كل امرأتين ايتهما فرضت مذكراً حرمت الاخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان في النسب أو الرضاع كالجمع بين المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها او بنت اخيها او بنت اختها لاننا اذا قدرنا المرأة مذكرا حرمت عليه عمته ولو قدرنا العمة مذكراً حرم عليه تزوج بنت أخيه ولو قدرنا المرأة في الثاني مذكراً حرم عليه تزوج خالته ولو قدرنا الخالة مذكراً حرم التزوج ببنت اخته ولو قدرنا المرأة مذكراً في الثالث حرم عليه التزوج ببنت أخيه ولو قدرنا بنت الأخ مذكراً حرم عليه تزوج عمته وهكذا وقد ثبت هذا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وهذا الحديث فيه

(مادة ٢٥) كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع الا ما استثني من ذلك في باب الرضاع

تكرار الحكم الواحد بصفتين مختلفتين فى موضعين لأن المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها هو أن لا يجمع بينهما فى النكاح ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين الجمع بينها وبين بنت أخيها وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أختها وفائدته ازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي عليه الصلاة والسلام ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال . وينشأ عن الأصل الذي عرفته حرمة الجمع بين العمتين أو الخالتين لانه اذا فرضت واحدة منهما مذكراً حرمت الاخرى عليه وذلك ان يتزوج كل من الرجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فتكون كل من البنتين عمة للاخرى أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر فيولد لكل منهما بنت فتكون كل من البنتين خالة للاخرى وإنما قالوا فى القاعدة المتقدمة أيتهما فرضت مذكراً حرمت عليه الاخرى لانه لو جاز تزوج احداهما على تقدير مثل المرأة وبنت زوجها أو امرأة ابنها فانه يجوز الجمع بينهما عند الائمة الاربعة وقد جمع عبدالله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه احد . وبيان ذلك انه لو فرضت بنت الزوج مذكراً بأن كان ابن الزوج لم يجز له ان يتزوج بها لانها زوجة أبيه ولو فرضت المرأة مذكراً لجاز له ان يتزوج ببنت الزوج لانها بنت رجل اجنبي وكذلك بين المرأة وامرأة ابنها فان المرأة لو فرضت مذكراً لحرم عليه التزوج بامرأة ابنه ولو فرضت امرأة الابن مذكراً لجاز له التزوج بالمرأة لانه اجنبي عنها ومن باب أولى ما اذا انتفت الحرمة من الجانبين كالجمع بين بنتي العم او امرأتين لا علاقة بينهما اصلا فانك

لو قدرت أيتهما مذكرا لم يحرم عليه التزوج بالاخرى فيجوز الجمع بينهما

وبما ان المحرم انما هو الجمع بينهما فاذا وقعت الفرقة بين الرجل والمرأة المانعة بأيّ سبب كان جاز له ان يتزوج بأختها أو غيرها من المحارم اللاتى لا يجوز له الجمع بينهما لانه والحالة هذه لا يصدق عليه انه جمع بين محرمين لانه ليس فى عصمته إلا واحدة . فلو كانت الفرقة بموتها جاز له فى الحال التزوج بالأخرى لعدم العدة . وان كانت بطلاق فان كان رجعيا فلا يجوز له التزوج بالثانية الا بعد انقضاء العدة بالاتفاق . وان كان بائنا فعند ابى حنيفة هو كالرجعى وقال الشافعي له التزوج بالثانية ولو فى العدة

واستدل الشافعي بان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع كما فى الرجعي فلا بد من أعماله واعمال القاطع وهو الطلاق الكامل يقتضي القطع بالكلية فيثبت الحكم بقدر دليله

وقال ابو حنيفة لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية لان النكاح الأول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع عن الخروج والفراش وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه وهذه كذلك ما دامت في العدة ولا خلاف فى ان هذه الاشياء مترتبة على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما في الطلاق الرجعى ولهذا بقى القيد فلو جاز نكاح الأخت فى العدة لزم الجمع بين الأختين وهو حرام . ومثل البائن الخلع فانه طلاق بائن وان كان مختصا ببعض أحكام ستأتي فى كتابه فاذا قال رجل لامرأته خالعتك فى نظير عشرين جنيها مثلا وقبلت وقع الطلاق البائن ولزمها المال المسمى وحصلت الفرقة بينهما بالخلع

فاذا اراد أن يتزوج باختها مثلا فى المدة فهو على الخلاف المتقدم بين أبى حنيفة والشافعي ومثله ما اذا وقعت الفرقة بينهما بالفسخ لا بالطلاق كأن زوج رجل اخته لآخر وهى صغيرة وكان لزوج كفؤا ودفع لها مهر المثل فان هذا التزوج صحيح نافذ غير لازم فلها أن تفسخ هذا العقد عند بلوغها فاذا حصل هذا بعد الدخول فقد وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب الفسخ وعليها العدة فاذا اراد زوجها العقد على عمتها مثلا فلا يجوز له ذلك ما دامت امرأته فى العـدة . ويشترك الطلاق والفسخ فى حصول الفرقة بين الزوجين ولـكن الطلاق ينقص العدد بخلاف الفسخ فاذا فرض في المثال المذكور انها تزوجته ثانياً ولم يكن طلقها أصلاً ملك عليها ثلاث طلقات بخلاف ما اذا أوقع على زوجته طلاقاً وردها الى عصمته بعده ولم يكن وقع عليها سوى هذا الطلاق فلا يملك عليها الا طلقتين — انظر مادة (٢٦)

﴿ تعلق حق الغير بزواج أو عدة ﴾

يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة غيره حفظاً للانساب ولعدم الفائدة ولسبق حقوق الزوج لاننا لو جوزناه فاما أن نقول يختص بها الأول أو الثانى او تكون مشتركة فان كان الاول فلا فائدة فى الزواج وان كان الثانى يكون

(مادة ٢١) لا يحل للرجل أن يتزوج أخت امرأته التي في عصمته ولا أخت معتدته ولا عمة أحد منهما ولا خالتها ولا بنت أخيها ولا بنت اختها . فاذا ماتت المرأة المانعة او وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق أو خلع أو فسخ زال المانع وجاز له بعـد انقضاء عدتها أن يتزوج اختها أو غيرها من محارمها المتقدم ذكرهن

تعدياً على حقوق الزوج الأول فلا تهضم وان كان الثالث اختلطت الانساب وهو لا يجوز وهذا هو السر في أن الرجل يتزوج أكثر من واحدة بخلاف المرأة

وكما لا يجوز للرجل ان يتزوج امرأة غيره كذلك لا يجوز له ان يتزوج معتدته سواء كانت معتدة لطلاق أو وفاة لان من فوائد العدة تعرف براءة الرحم فمن الجائز ان تكون المعتدة حاملاً والحمل غير معروف فلو جاز تزوجها وأتت بولد فلا يدري أهو من الاول أو الثاني فتختلط الانساب وهو غير جائز لما يترتب عليه من الخلل في النظام ولذا لو انقضت العدة جاز لغيره التزوج بها لانتفاء ما ذكر

ولما كانت الحكمة ما ذكر عمموا عدم تزوج المعتدة ولو كانت العدة بعد فرقة من نكاح فاسد او وطء بشبهة كما اذا تزوجها بعقد لم يستوف جميع شروطه أو زفت اليه امرأة وقيل له هي زوجتك فدخل بها وتبينت الحقيقة بعد ذلك ففرق بينهما لان كلاً من هاتين لو أتت بولد وادعاه الرجل يثبت نسبه منه فمنع التزوج لحقه وعدم اختلاط الانساب – انظر مادة (٢٧)

ومن تعلق حق الغير ما اذا كانت المرأة حاملاً وكان الحمل ثابت النسب بأن كان أبوه معروفاً فانه لا يجوز تزوجها لانها والحالة هذه تكون في العدة وقد عرفت انه لا يجوز تزوج المعتدة فان كان الحمل غير ثابت النسب بان كان من الزنا يجوز تزوجها ولا يواقعها الزوج حتى تلد الا اذا كان الذي تزوجها هو الذي زنى بها ففي هذه الحالة يجوز له وقاعها وقال ابو يوسف ومالك واحمد بن

(مادة ٢٧) يحرم نكاح زوجة الغير ومعتدته قبل انقضاء عدتها سواء كانت معتدة لطلاق أو وفاة أو فرقة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة

حنبل وزفر لا يجوز تزوج الحبلى من الزنا بغير الزانى ايضاً لأن هذا الحمل محترم لذاته لا لصاحب الماء ولذا لا يجوز اسقاطه ولو اذن الزاني الزوج في وقاعها فلا يجوز ولأن الزواج شرع لحكمة فاذا لم تترتب عليه حكمته لم يشرع اصلاً بخلاف ما اذا تزوجت بالزانى الذي حبلت منه لان الاحكام مترتبة عليه من حل الوطء ووجوب النفقة والسكنى وغير ذلك واستدل أبو حنيفة ومحمد بأن امتناع النكاح لحرمة صاحب الماء لا للحمل بدليل جواز التزوج بها لصاحب الماء في ثابت النسب وغيره ولا حرمة للزانى وامتناع الوطء كي لا يسقي ماؤه زرع غيره لأن به يزداد سمعه وبصره حدة لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره لأن به يزداد سمعه وبصره حدة » وليس من ضرورة الحرمة بعارض على شرف الزوال فساد النكاح كحرمته بالحيض والنفاس وانما لا تجب النفقة لعدم التمكن من الوطء ففات الاحتباس وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل وطؤها لانها زوجته ولا حرمة لماء الزنا — انظر مادة (٢٨)

﴿ التطليق ثلاثاً ﴾

اذا طلق رجل زوجته طلاقاً رجعياً او بائناً سواء كان واحدة او اثنتين جاز له مراجعتها فى الطلاق الرجعى بدون عقد ومهر جديدين ما دامت فى العدة فان خرجت من العدة فلا بد من العقد والمهر وجاز له ردها في البائن

(مادة ٢٨) يحرم نكاح الحامل الثابت نسب حملها ويصح نكاح الحامل من الزنا ولا يواقعها الزوج حتى تضع حملها ما لم يكن الحمل منه

بعقد ومهر جديدين سواء كان في المدة او بعدها لقوله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف اوتسريح باحسان) فان طلقها ثلاثاً سواء كان وقوع الثلاث مرة واحدة اومتفرقاً فلا يحل له التزوج بها إلا اذا انقضت عدتها منه وتزوجت بغيره ودخل بها هذا الغير دخولاً حقيقياً وحصلت الفرقة بينهما بأي سبب كان سواء كان بالطلاق او بالموت وانقضت عدتها من هذه الفرقة لقوله تعالى بعد الآية السابقة وهي الطلاق مرتان (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) ومعلوم ان غيره لا يتزوجها ما دامت في عدته والزوج الاول لا يتزوجها ما دامت متزوجة بالثاني ولا في عدته وانما اشترط دخول الثاني دخولاً حقيقياً لأنه ورد عن ابن عمر انه قال سئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها آخر فيغلق الباب او يرخي الستر ثم يطلقها قبل ان يدخل بها هل تحل للأول قال لا تحل للأول حتى يجامعها وسيأتي لك في شرح مادة (٢٤٨) زيادة الاستدلال على هذا — انظر مادة (٢٩)

﴿ الجمع بين الأجنبيات زيادةً على اربع ﴾

قد علمت في شرح مادة (١٩) ان الحر لا يجوز له ان يجمع بين أكثر من اربع بالدليل فاذا تزوج اربعاً بعقود صحيحة فليس له ان يتزوج خامسة حتى يطلق احدى الأربع وينتظر حتى تنقضي عدتها سواء كان الطلاق رجعياً او

(مادة ٢٩) يحرم على الرجل أن يتزوج حرة طلقها ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها حقيقة ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها

بائنا وقال الامام الشافعى رحمه الله تعالى اذا كان الطلاق بائناً فله ان يتزوج خامسة ولو قبل انقضاء العدة والدليل ما تقدم فى شرح مادة (٢٦) فان طلق الاربع فلا يجوز له أن يتزوج امرأة قبل انقضاء عدتهن فان انقضت عدة الكل معاً جاز له تزوج اربع وان واحدة فواحدة وهكذا

فلو كان عقد واحدة او اثنتين منهن غير صحيح جاز له التزوج حتى يكمل فى عصمته اربع نسوة بعقود صحيحة ومع هذا فالأحسن أن لا يتزوج أكثر من واحدة متى خاف الجور لقوله تعالى (فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة) — انظر مادة (٣٠)

﴿ عدم الدين السماوي ﴾

يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية وهى التى تعتقد ديناً سماوياً ولها كتاب منزل كصحف ابراهيم وشيث وزبور داود والتوراة لموسى والانجيل لعيسى لقوله تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم) أي واحل لكم المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم وقيد بعضهم حل التزوج بها اذا لم تعتقد ان المسيح إله او ان العزيز إله فلو اعتقدت ذلك فلا يجوز ولكن بالنظر الى الادلة ينبغي أن يجوز الاكل من ذبائحهم والتزوج بنسائهم ومتي اقرت بنبي وآمنت به يجوز التزوج بها ذمية

(مادة ٣٠) من له اربع نسوة بنكاح صحيح فلا يجوز له ان ينكح خامسة حتي يطلق احدى الاربع ويتربص حتي تنقضي عدتها

كانت أو مستأمنة أو حربية فالذمية هي المقيمة في ديار الاسلام تدفع الجزية وليس من نيتها العود الى بلادها والمستأمنة هي من دخلت دار الاسلام بامان والواجب على المسلمين معاملة الذميين والمستأمنين معاملة حسنة كما يعاملون به بعضهم فلا يتعرضون لأموالهم ولا لدمائهم ولا لأعراضهم قولا أو فعلا

والحربية هي المقيمة في غير ديار الاسلام وهذه يكره تزوجها لانفتاح باب الفتنة من التعلق بها المستدعي للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد للتخلق باخلاق أهل الكفر — انظر مادة (٣١)

ولا يجوز للمسلم أن يتزوج غير الكتابية وهي التي لا تقر بنبي ولا تؤمن بكتاب منزل كالوثنية وهي التي تعبد الصنم والمجوسية وهي التي تعبد النار والصابئة وهي التي تعبد النجوم اذ كل الرسل عليهم الصلاة والسلام اتوا بعبادة الخالق جل وعلا وان اختلفت الشرائع في كيفية العبادة ولم يأت رسول قط بعبادة غيره . وحرمة تزوج الصابئة هو قول الصاحبين وقال ابو حنيفة يجوز تزوجها وهذا الخلاف مبني على أنهم عبدة أوثان أم لا فعندهما هم عبدة أوثان لانهم يعبدون النجوم وعند أبي حنيفة ليسوا بعبدة أوثان وانما يعظمون النجوم كتعظيم المسلم للكعبة فان كان كما فسره أبو حنيفة يجوز بالاجماع لانهم أهل كتاب وان كان كما فسراه لا يجوز بالاجماع فلا خلاف في الحقيقة وانما الخلاف مبني على الاشتباه في مذاهبهم فكل أجاب بما عنده من أحوالهم والدليل على عدم حل التزوج بغير الكتابية قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتي يؤمن ولأمة

(مادة ٣١) يحل نكاح الكتابيات المؤمنات بكتاب منزل سواء كن ذميات أو غير ذميات مستأمنات أو غير مستأمنات مع الكراهة

مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم) وقوله عليه الصلاة والسلام «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» - انظر مادة (٣٢)

الباب الرابع

﴿ في الولاية على النكاح وفيه فصلان ﴾

(الفصل الاول فى بيان الولى وشروطه)

اعلم ان الولاية بفتح الواو معناها النصرة وعند الفقهاء هى حق تنفيذ القول على الغير رضى أو لم يرض وهي نوعان عامة وخاصة والخاصة قسمان ولاية على النفس وولاية على المال والولاية على النفس قسمان ولاية ندب (استحباب) وهى الولاية على البالغة العاقلة بكراً كانت او ثيباً وولاية اجبار وهى الولاية على الصغير والصغيرة بكراً كانت او ثيباً ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين والولاية على النفس هي المقصودة هنا. وتثبت الولاية باسباب اربعة القرابة والملك والولاء والامامة والولى في اللغة خلاف العدو أى الناصر وفي اصول الدين هو العارف بالله تعالى وباسمائه وبصفاته حسبما يمكن المواظب على الطاعات المجتنب للمعاصي وعند الفقهاء وهو المقصود هنا الحر البالغ العاقل فيشترط فيه عندهم ان يكون حراً عاقلا بالغاً فلا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لان

(مادة ٣٢) لا يحل نكاح الوثنيات ولا المجوسيات ولا الصابئات اللاتى يعبدن الكواكب ولا يؤمن بكتاب منزل

الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة فمن لا ولاية له على نفسه فأولى ان لا تكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر فى التفويض الى هؤلاء لعجز كل منهم عن تحصيل الكفء لاشتغال العبد بخدمة مولاه ولعدم العقل عند المجنون وقصره عند الصبي وهذه الشروط الثلاثة يلزم اتصاف الولي بها سواء كانت المولية مسلمة أوغير مسلمة ويشترط فى الولي أيضاً الاسلام اذا كان من يراد تزويجه مسلما سواء كان ذكراً أو مؤنثاً ومتي وجدت هذه الشروط في الشخص ثبتت له الولاية على غيره ولو كان فاسقاً فالفسق لا يسلب أهلية التزويج لكن اذا كان متهتكاً وهو الذى لا يبالى بهتك ستره لا ينعقد تزويجه الا بشرط المصلحة كما سيظهر لك قريباً - انظر مادة (٣٣)

وليس كل عقد زواج تتوقف صحته على الولى بل بعض العقود وبيان ذلك ان مريد التزوج اما أن يكون صغيرا او كبيرا والكبير اما أن يكون عاقلا أو غير عاقل والعاقل اما أن يكون حراً أو رقيقا فالشخص الكبير العاقل ان كان حراً مذكراً يصح تزوجه وينفذ لازما بلا ولى ولا حق لاحد من الاقارب فى الاعتراض عليه ولو كانت الزوجة أقل منه شرفا ودفع لها أكثر من مهر مثلها وان كان حراً مؤنثاً يصح تزوجها وينفذ لازما اذا كان الزوج كفأ والمهر مهر المثل فان كان الزوج كفأ والمهر أقل من مهر المثل صح العقد نافذا غير لازم فللولى اذا كان عصبة حق الاعتراض حتي يتم مهر المثل او يرفع الامر الى القاضي ليفسخ العقد وان كان غير كفء فلا يصح العقد أصلا كما سيظهر لك كل

(مادة ٣٣) يجب ان يكون الولى حرا عاقلا بالغاً مسلما فى حق مسلم ومسلمة ولو فاسقاً

ذلك في المواد الآتية (والولاية هنا ولاية استحباب) وان كان الشخص الكبير رقيقاً سواء كان مذكراً أو مؤنثاً صح تزوجه موقوفاً على اجازة سيده فان اجازه نفذ وان لم يجزه بطل . وان كان صغيراً غير مميز أو كبيراً غير عاقل فلا يصح عقد الزواج الا بالولي (والولاية هنا ولاية اجبار) — انظر مادة (٣٤)

وتثبت هذه الولاية بواحد من أربعة الأول الملك الثاني القرابة الثالث الولاء الرابع الامامة فالأول لم يتعرض له الكتاب وان كان أشار اليه في المادة السابقة فتثبت الولاية للمالك على مملوكه في الزواج وغيره بسبب الملك وتثبت الولاية أيضاً بسبب من الاسباب الثلاثة الاخرى بالترتيب الذى يلقى عليك

فتثبت الولاية أولاً للعاصب بنفسه على ترتيب الارث والحجب . والعصبة تنقسم انقساماً أولياً الى قسمين عصبة نسبية وهى الآتية من جهة القرابة وعصبة سببية وهى الآتية من العتق . والعصبة النسبية تنقسم الى ثلاثة أقسام عاصب بنفسه وعاصب بغيره وعاصب مع غيره وكلامنا الآن انما هو في العاصب بنفسه وهو ينحصر في اربع جهات : بنوة وابوة وأخوة وعمومة فالبنوة تشمل الابن وابن الابن وان نزل والابوة تشمل الاب والجد الصحيح وهو أبو الاب وان علا والاخوة تشمل الاخ الشقيق والاخ لاب وابن الاخ الشقيق وابن الاخ لأب وان نزل كل منهما والعمومة تشمل العم الشقيق والعم لأب وابن العم الشقيق وابن العم لاب وان نزل كل منهما . فان وجد واحد

(مادة ٣٤) الولي شرط لصحة نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين وليس الولي شرطاً لصحة نكاح الحر والحرة العاقلين البالغين بل ينفذ نكاحهما بلا ولي

فقط من هؤلاء ثبتت له الولاية اذ لا مزاحم له وان وجد اثنان أو أكثر فان كان هناك مرجح في أحدهما قدم صاحبه وان لم يكن هناك مرجح استويا والترجيح يكون أولا بالجهة فتقدم جهة البنوة ثم الابوة ثم الاخوة ثم العمومة فمتى وجد واحد من جهة من هذه الجهات وان بعدت درجته قدم على من بعده وان قربت درجته فابن ابن الابن مقدم على الاب ويسمى هذا تقديماً بالجهة وثانياً بالدرجة . فان وجد شخصان من جهة واحدة كالابن وابن الابن او الاخ وابن الاخ ترجح الاقرب درجة فيقدم الابن على ابن الابن والاخ على ابن الاخ لانه أقرب درجة ويسمى هذا تقديماً بالدرجة . وثالثاً بالقوة فان وجد شخصان من جهة واحدة ودرجة واحدة أيضاً كأخ شقيق وأخ لاب ترجح الاخ الشقيق لانه أقوى من الاخ لاب اذ الاول ينتسب بجهتين والثاني بجهة واحدة ويسمى هذا تقديماً بالقوة . فان لم يوجد مرجح بان كانت الجهة والدرجة والقوة واحدة كابنين واخوين شقيقين أو لاب استويا لاننا لو قدمنا احدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح فقد علمت مما تقدم ان التقديم يكون أولا بالجهة فان اتحدوا فيها يكون بالدرجة فان اتحدوا فيها أيضاً يكون بالقوة فان اتحدوا فيها أيضاً استووا في الولاية فان لم يوجد واحد من هؤلاء أصلا تنتقل ولاية التزويج الى العصبة السببية وهي الآتية من ولاء العتاقة فتثبت للمعتق أولا ولو انثى ثم لبنوته ثم لابوته ثم لاخوته ثم لعمومته على الترتيب والترجيح والاستواء الذي عرفته في العصبات النسبية

اذا عرفت كل ما تقدم تعرف بداهة انه اذا اجتمع ابن المجنونة وابوها قدم ابنها ومثلها المجنون وقال محمد يقدم الاب لانه أوفر شفقة من الابن

ودليل ابي حنيفة وأبي يوسف أن الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا عبرة بزيادة الشفقة كأبي الام مع بعض العصبات والاحسن ان يأمر الابن الاب بالنكاح حتى يجوز بلاخلاف لان في الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة فيجتمعان — انظر مادة (٣٥)

فاذا لم توجد عصبة نسبية ولا سببية تنتقل ولاية الاجبار بالنسبة للصغار ومن يلحق بهم الى الاصول غير العصبات ماعدا ابا الام مع ملاحظة الدرجة والقوة فحينئذ تقدم الام على ام الام وام الاب لقربها وتقدم أم الاب على ام الام لقوتها اذ هي منتسبة بالعاصب وهو الاب بخلاف ام الام فان لم يوجد واحد من الاصول انتقلت الولاية الى الفروع مع الملاحظة المذكورة وحينئذ تقدم البنت على بنت الابن وبنت البنت لقربها وتقدم بنت الابن على بنت البنت لقوتها اذ هي منتسبة بعاصب وهو الابن بخلاف بنت البنت وهكذا الترتيب فان لم يوجد أحد من الفروع انتقلت الولاية الى الجد الغير الصحيح وهو ابو الام فاذا لم يوجد انتقلت الى طبقة الاخوات مطلقا والاخوة لام مع الملاحظة المذكورة أيضاً وحينئذ تقدم الاخت الشقيقة على الاخت لاب والاخت لام وتقدم الاخت لاب على الاخت والاخ لام لما تقدم فاذا لم يوجد من هذه الطبقة أحد انتقلت الولاية الى أولادهم حسب ترتيبهم المتقدم فان لم يوجد

(مادة ٣٥) الولي في النكاح العصبة بنفسه على ترتيب الارث والحجب فيقدم الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الاب ثم الجد الصحيح وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم العم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لاب ثم ولاء العتاقة فولي المجنونة في النكاح ابنها وان سفل دون ابيها عند الاجتماع

احد من هذه الطبقة ولا أولادها انتقلت الولاية الى طبقة العمات والاعمام لام مع الملاحظة المذكورة فان لم يوجد احد منهم انتقلت الى الاخوال والخالات فان لم يوجد احد منهم انتقلت الولاية الى أولادهم حسب الترتيب المذكور

وقال ابو يوسف ومحمد لا ولاية لغير العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام « الانكاح الى العصبات » ففي هذا الحديث عرف الانكاح باللام في غير معهود فيكون معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس أي جنس الانكاح مفوض الى جنس العصبات فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة من لا يكافئهم وذلك يحصل من العصبة لانهم يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثا لهم على صيانة القريب عن غير الكفء واستدل ابو حنيفة بان ثبوت الولاية للنظر الى المولى عليه والنظر يحصل بالشفقة الباعثة عليه وهي موجودة في الام وغيرها من الاقارب فتثبت لهم ولاية التزويج الا ان أقارب الاب يقدمون باعتبار العصوبة وهذا لا ينفي ثبوتها لهم عند عدمه والمعول عليه مذهب الامام — انظر مادة (٣١)

فاذا عدمت جميع الاقارب من العصبات وغيرهم فالذي يزوج الشخص الصغير ومن يلحق به مولى الموالاة ان وجد وهو الذي اسلم ابو الصغير على يده

(مادة ٣٦) اذا لم يكن عصبة تنتقل ولاية النكاح للام ثم لام الاب ثم للبنت ثم لبنت الابن ثم لبنت البنت ثم لبنت ابن الابن ثم لبنت بنت البنت وهكذا ثم للجد الفاسد ثم للاخت الشقيقة ثم للاخت لاب ثم لولد الام ثم لاولادهم ثم لباقي ذوي الارحام العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم اولادهم بهذا الترتيب

ووالاه بان قال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فان لم يوجد انتقلت الولاية الى السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من لا ولي له »

ولكن لما كان السلطان لا يتولى مثل هذه العقود فيتولاها القاضي الذي كتب له ذلك في منشوره ولما كان القاضي العام الذي له هذا الحق لا يمكنه أن يتولى كل عقد فيتولاه نوابه ان أذن لهم بذلك – انظر مادة(٣٧)

وليس لغير من ذكروا ولاية التزويج ولو كان وصياً لأن ولايته على المال لا على النفس فليس للوصي ان يزوج اليتيم واليتيمة سواء أوصى اليه الأب بذلك أم لا وفي رواية عن أبي حنيفة ان الأب ان أوصى اليه بذلك ثبتت له الولاية في التزويج أيضاً – وهذا حسن – والوصي لا تثبت له الولاية على الصغير والصغيرة من جهة كونه وصياً فلو كان قريباً لهما بان اقام رجل أحد أولاده وصياً على باقي أولاده وفيهم صغير فهذا الوصي له أن يزوج الصغيرة اذا لم يكن هناك من هو مقدم عليه في الولاية فان وجد من يقدم عليه كأبي الاب او كان هذا الوصي أخاً لاب للصغير وله أخ شقيق فليس للوصي ولاية التزويج بل تثبت لمن هو أقرب منه . ولو كان الوصي حاكماً بأن أقام رجل الحاكم الذي له ولاية التزويج وصياً على أولاده وفيهم صغير فلهذا الحاكم ان يزوج الصغير لكن لا من جهة كونه وصياً بل من جهة كونه حاكماً ومحل كونه يملك التزويج اذا لم يكن هناك من هو أولى منه فان وجد كأن كان للصغير أخ أو أم فليس

(مادة ٣٧) السلطان ولي في النكاح لمن لا ولي له ثم القاضي الذي كتب له بذلك في منشوره

للحاكم ولاية التزويج وقال الامام مالك للوصى ولاية الاجبار ان عين له الاب الزوج أو أمره بالجبر صراحة أو ضمنا كما اذا قال له زوّجها قبل البلوغ او بعده أو على أى حالة شئت أو أمره بالنكاح ولم يعين له الزوج ولا الاجبار بان قال زوّجها — انظر مادة (٣٨)

ويشترط في الولاية الخاصة اتحاد الدين وحينئذ فلا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على ذمى كما انه لا ولاية للذمي على المسلم اصلا ولا يشترط اتحاد الدين فى الولاية العامة فللسلطان او نائبه الولاية على المسلمين والذميين في المال وفى الزواج . وللذمي الولاية فى الزواج وفي المال على ذمي مثله لقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) فاذا فرضنا ثلاثة اخوة أحدهم مسلم والآخران ذميان وأحدهما صغير فالولاية على نفسه وماله لأخيه الذمي ولو كان مسلما فالولاية لأخيه المسلم — انظر مادة (٣٩)

فقد علم لك من ترتيب الاولياء فيما تقدم انه لا يجوز للولى البعيد ان يزوج الصغير والصغيرة مع وجود الولى القريب فاذا كانت بنت لها اخوان أحدهما شقيق والآخر لأب فليس للأخ لأب أن يزوج الصغيرة والشقيق موجود والا لما كانت هناك فائدة فى الترتيب ولكن محل ذلك اذا كان الاخ الشقيق مستوفيا شرائط الولى فان فقد شرط من الشروط التي عرفتها بان

(مادة ٣٨) ليس للوصى أن يزوج اليتيم واليتيمة مطلقاً وان اوصى اليه الاب بذلك ما لم يكن قريباً لهما أو حاكما يملك التزويج ولم يكن ثمة من هو أولى منه

(مادة ٣٩) لا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على ذمي الا اذا كان سلطانا او نائباً عنه وللذمى الولاية فى النكاح والمال على ذمى مثله

كان الأخ الشقيق صغيراً أو مجنوناً فالولاية تنتقل الى الاخ لاب لان الشقيق في هذه الحالة كأنه غير موجود لعدم صلاحيته للولاية . وتنتقل الولاية للولي البعيد أيضاً اذا غاب الولي القريب واختلفوا في الغيبة التي بسببها تنتقل الولاية للبعيد على أقوال كثيرة ولكن المعول عليه انها بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء اخذ رأي الولي الغائب القريب ولو كان مختفياً في البلد الذي يحصل فيه العقد ولا يبطل تزويج الولي البعيد بعود القريب لأنه عقد صدر عن ولاية تامة فلا يبطل وقال زفر رحمه الله تعالى لا يزوجها أحد وقال الشافعي رحمه الله تعالى يزوجها الحاكم في هذه الحالة اعتباراً لها بحالة ما اذا امتنع الولي القريب عن تزويجها فان الولاية تنتقل الى الحاكم بالاتفاق واستدل زفر بان ولاية الاقرب قائمة ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للبعيد ولا للسلطان مع ولايته فصار كما اذا كان حاضرا واستدل الباقون بأن هذه الولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى البعيد لأنه مقدم على السلطان فصار كما اذا كان الأقرب مجنوناً أو رقيقاً او صغيراً وقول زفر لو زوجها الاقرب حيث هو جاز لا رواية فيه فلنا أن نمنع لأنه لو جاز أدّى الى مفسدة بيانه أن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه بذلك لدخل عليها الزوج وهي في عصمة غيره وفساد هذا لا يخفى فلم يبق الا ولاية البعيد ولئن سلمنا ما قاله كما هو رأي الكثيرين فنقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب بعد التدبير وقرب القرابة فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد أولاً نفذ ولا يرد — انظر مادة (٤٠)

(مادة ٤٠) لا ولاية للولي الابعد مع وجود الولي الاقرب المتوفرة فيه ــ .

فاذا كان الولى القريب موجوداً ومتوفرة فيه شروط الولاية فليس للبعيد التزويج فان زوجها والحالة هذه يكون هـذا العقد موقوفا على اجازة القريب فان اجازه نفذوان لم يجزه بطل ولا تكون الاجازة فى هذه الحالة الا برضاه صراحة أو دلالة فسكوته لا يعتبر اجازة لهذا العقد ولو كان حاضراً مجلسه لأنه لا يدل قطعياً على الرضا اذ يحتمل أن يكون لعدم المبالاة بهـذا العمل الذى صدر من غير ولاية معتبرة

فلو امتنع القريب من تزويج الصغيرة فاما أن يكون امتناعه بحق أو بغير حق فان كان الاول بأن أبدى سبباً مقبولا كأن كان الخاطب لا يدفع مهر مثلها ولو كان كفؤاً فلا حق لأحد في تزويجها وان كان الثانى بأن لم يبد سبباً مقبولا فى عدم الزواج كأن كان الخاطب كفؤاً ويدفع مهر مثلها فلا يزوجها البعيد أيضاً بل الذى يزوجها فى هـذه الحالة هو القاضى اونائبه سواء كان التزويج منصوصاً له فى منشوره أولا ولو كان الممتنع هو الاب

والفرق بين العاضل والغائب أن العاضل ظالم فتنتقل الولاية الى الحاكم لانّ رفع الظلم اليه والغائب غير ظالم لاسيما اذا كان سفره للحج والجهاد فافترقا فأشبه النفقة والحضانة فانها تنتقل الى البعيد

فان كان امتناع الاب من تزويجها للخاطب الكفء الذي يدفع مهر مثلها لتعلق ارادته بتزويجها لكفء آخر فان كان حاضراً فلا يكون ممتنعاً بغير

شروط الاهلية فاذا غاب الاقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه جاز لمن يليه فى القرب أن يزوج الصغيرة ولا يبطل تزويجه بعود الاقرب وكذا اذا كان الاقرب غير أهل للولاية جاز للأبعد أن يتولى تزويج الصغيرة

حق فليس لاحد تزويجها لان شفقته دليل على انه اختار لها الانفع اما اذا كان الكفء الذي يريد تزويجها له غائباً وامتنع من تزويجها للحاضر فهو عاضل لأنه متى حضر الكفء فلا ينتظر غيره خوفاً من فواته ولذا تنتقل الولاية الى البعيد اذا غاب القريب

وبعضهم يقول تنتقل الولاية للبعيد عند امتناع القريب بغير حق كما في حال غيبته ولكن الصحيح ما تقدم لك من انتقالها للقاضي في هذه الحالة ـ انظر مادة(٤١)

ـ وكل هذه الاحكام فيما اذا اختلف الاولياء جهة أو درجة أو قوة فاذا استوى وليان في القرب كأخوين شقيقين مثلا وكل منهما مستوف لشروط الولاية فايهما تولى الزواج وكان مستوفياً كل الشرائط جاز هذا العقد سواء اجازه الآخر أو لم يجزه لأن الولاية ليست متجزئة وفي كل منهما جزء منها حتى يلزم اجتماعهما بل هي ثابتة لكل منهما على انفراده فله أن يتولى العقد بمقتضى هذه الولاية ومتى باشر شخص أيّ عقد مستوف لجميع شرائطه بولاية تامة نفذ ولا ينقض

ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل فان زوّجها كل

(مادة ٤١) اذا عضل الاقرب وامتنع من تزويج الصغيرة فليس للابعد ولاية تزويجها بل يزوجها القاضي أو نائبه بطريق النيابة عن العاضل ولو كان أبا الصغيرة اذا تحقق القاضي ان امتناعه كان بغير سبب مقبول وان الزوج كفء لها والمهر مهر مثلها وليس لاحد نقض النكاح الذي عقده القاضي أو نائبه ولو لم يكن التزويج منصوصاً عليه في منشوره فان كان امتناع الاقرب من تزويجها لكون الزوج غير كفء لها او لكون المهر دون مهر المثل فلا يعد عاضلا ولا يجوز للقاضي أن يزوجها

منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق أو وقعا معاً بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح . ولو زوجها ابوها وهي بكر بالغة بأمرها وزوجت هي نفسها من آخر فأيهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا أدرى الأول ولا يعلم من غيرها فرّق بينها وبينهما لعدم أولوية واحد منهما على الآخر فلو قدمنا واحداً منهما لزم الترجيح بلا مرجح ومثل هذا اذا زوجها وليان بأمرها ـ انظر مادة (٤٢)

ومتى ثبتت الولاية للحاكم فله أن يزوجها ممن شاء واستثنوا من ذلك تزويجها لنفسه ولأصوله كأبيه وفروعه كابنه وابن ابنه وان سفل فانه لا يجوز كما اذا باع مال اليتيم لنفسه أولأحد من هؤلاء فانه غير جائز والسبب في ذلك ان فعل القاضي حكم وحكمه لنفسه اولأحد من هؤلاء غير جائز. ومن هنا يعلم ان فعل القاضي حكم وان عرا عن الدعوى ولا منافاة بين هذا وقولهم ـ شرط نفاذ القضاء في المجتهدات أن يصير الحكم في حادثة تجرى فيها خصومة صحيحة عند القاضي من خصم على خصم ـ لأن ماهنا محمول على الحكم الفعلي وما قالوه محمول على الحكم القولي ومثل ماهنا القضاء الضمني فلا تشترط له الدعوى والخصومة كما اذا شهدا على خصم بحق وذكرا اسمه واسم أبيه واسم جده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وان لم يكن فى حادثة النسب وكذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكانت زوجها فلانا فى كذا

(مادة ٤٢) اذا استوى وليان فى القرب فأيهما تولى النكاح بشروطه جاز سواء اجازه الآخر أو لم يجزه

على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما ونظيره الحكم بثبوت الرمضانية فى ضمن دعوى الوكالة أو بثبوت الدين وأمثلته كثيرة ـ انظر مادة (٤٣)

﴿ الفصل الثانى ﴾

﴿ فى نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين ﴾

قد علمت مما تقدم أن الولاية فى الزواج قسمان ولاية اجبار وولاية استحباب فالاولى تكون بالنسبة للصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والثانية بالنسبة للكبيرة المكلفة فمتى ثبتت الولاية لواحد من الاولياء المتقدمين سواء كان أباً أو جداً أو غيرهما وسواء كان عصبة أو غير عصبة وسواء كان قريباً او غير قريب جاز له أن يزوج الصغير والصغيرة بكراً كانت أو ثيباً والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة جبراً يعني رضى كل واحد منهم بهذا التزوج اولم يرض لأن كلا ممن ذكر ناقص العقل اوفاقده فلايهتدى الى الصالح له فجعل الشارع الولي ناظراً لمصالحهم فتى رأى المصلحة في شيء فعله ولافرق بين أن يكون الجنون أو العته أصلياً كأن بلغ كل من الصغير والصغيرة مجنوناً او معتوها أو طارئاً كأن بلغ كل منهما عاقلاً ثم طرأ عليه الجنون اوالعته بعد ذلك غير أنه فى الحالة الاولى لم تنقطع الولاية لانها كانت موجودة في حالة الصغر واستمرت ببلوغ كل منهما غير صالح لتوليته شؤون نفسه وفى الحالة الثانية تنقطع الولاية بالبلوغ عاقلا لزوال السبب الموجب لها وهو قصر العقل ثم

(مادة ٤٣) لايجوز للحاكم الذى له ولاية الانكاح أن يزوج اليتيمة التي لا ولى لها من نفسه ولا من اصوله وفروعه

تعود بطروٓ ما يوجبها ولكن لا تعود الا اذا استمر شهرا على ما هو المعتبر واختلفوا في المعتوه على أقوال كثيرة والمرتضى أنه سيء التدبير قليل الفهم مختلط الكلام الا أنه لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون ـ انظر مادة (٤٤)

والاولياء ليسوا في حكم واحد بالنسبة لتزويج الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما بل هم منقسمون الى قسمين الأول الاصل المذكر العصبة وهو الأب والجد الصحيح وان علا والفرع المذكر أيضاً وهو الابن وابن الابن وان سفل . الثاني غير من ذكر ولو كان الحاكم وكل من القسمين له حكم يخصه . وبيانه انه اذا ولى واحد من القسم الأول عقد الزواج بأن ولي الأب او الجد عقد زواج الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما عند عدم الابن أو ولى الابن عند وجوده عقد زواج من يلحق بهما فهناك حالتان لكل منهم. الأولى أن يكون كل منهم غير معروف قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقاً . الثانية ان يعرف بسوء الاختيار سواء كان آتياً من جهة المجانة أو الفسق . والماجن هو الذي لا يبالى بما يصنع وبما قيل له ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب

ففي الحالة الاولى يصح الزواج وينفذ ويلزم بمعنى انه لا يثبت خيار فسخ هذا العقد عند البلوغ فى حالة الصغر والافاقة في حالة الجنون والعته في

(مادة ٤٤) للاب والجد وغيرهما من الاولياء ولاية انكاح الصغير والصغيرة بشروطه جبراً ولو كانت ثيباً وحكم المعتوه والمتوهة والمجنون والمجنونة شهراً كاملا كالصغير والصغيرة

جميع الصور التي تتأتى هنا وهي أربع . الاولى أن يكون الزوج كفؤا والمهر مهر المثل . الثانية ان يكون الزوج كفؤاً والمهر أقل من مهر المثل . الثالثة أن يكون الزوج غير كفء والمهر أكثر من مهر المثل . الرابعة أن يكون الزوج غير كفء والمهر أقل من مهر المثل أو مساو له

وكل من النفاذ واللزوم ظاهر في الصورة الأولى لظهور المصلحة حيث كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل وأما في باقي الصور فكان الظاهر في أول الأمر الجواب بعدم الصحة لعدم المصلحة ولكن بامعان النظر نجد ما قالوه موافقاً للصواب لأن وراء الكفاءة والمهر مقاصد أخرى في النكاح من حسن الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولؤمها وتوسيع النفقة وتقتيرها وهذه المقاصد أهم من الكفاءة والمهر في نظر العقلاء فكل من الاصل والفرع المتقدمين يجد جداً بليغاً وينظر نظراً صائباً بما عنده من وفور الشفقة في اختيار الأهم وتقديمه على المهم خصوصاً وانه لم يعرف بسوء الاختيار بل يحسن النظر في العواقب لخوفه من اللوم في المستقبل فهو لا يقدم على عمل من الاعمال الا بعد التدبر والتفكر فيما يترتب عليه فهذا كله يدل على انه ما زوج لغير كفء أو بأقل من مهر المثل الا لترجيحه المصالح الاخرى على الكفاءة والمهر فصححنا عقده نافذاً لازماً

وقال الصاحبان لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما. ولابي حنيفة أن الحكمة تدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح

المقاصد تربو على المهر اما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي والدليل في غيرهما غير موجود . والمعول عليه مذهب الامام

ومثل الزوجة في هذه الصور الزوج لأنه كما يجوز للاب والجد والابن ان يزوج الانثى التي له الولاية عليها لغير كفء او بأقل من مهر المثل يجوز له أيضاً أن يزوج الذكر بامرأة اقل منه أو بأكثر من مهر مثلها ولا فرق فى النقص الذى يحصل في مهر المثل بالنسبة للانثى والزيادة التى تحصل فيه بالنسبة للذكر بين ما اذا كان الغبن يسيراً او فاحشاً فالغبن اليسير هو الذى يدخل تحت تقويم المقومين والغبن الفاحش هو الذى لا يدخل تحت تقويم المقومين - انظر مادة (٤٥)

وأما فى الحالة الثانية وهي التى عرف كل منهم بسوء الاختيار قبل العقد مجانة أو فسقاً فلا يصح العقد الا في الصورة الاولى وهي ما اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل لان المصلحة ظاهرة بخلاف الصور الباقية فانه لا يمكننا تصحيح العقد فيها لان الاسباب التى بنيت عليها صحة العقد في الحالة الاولى (وهي ما اذا لم يعرف كل منهم بسوء الاختيار قبل العقد) منتفية ولذا لو كان سكران وزوج بنته من فاسق أو شرير أوفقير أو ذي حرفة دنيئة لم يصح

(مادة ٤٥) اذا ولى الاب أو الجد بنفسه نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من غير المكلفين وكان غير معروف قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقاً لزم النكاح بلا خيار لهما بعد البلوغ ولو كان النكاح بغبن فاحش زيادة في المهر الذى دفعه الصغير ونقصا في مهر الصغيرة اوكان الزوج غير كفء لها - والمجنونة اذا زوجها ابنها الذى هو وليها بغبن فاحش في المهر أو بغير كفء لزمها النكاح ولا خيار لها بعد افاقتها

العقد أصلا لانه حال السكر لا يهتدى الى ما قلناه — انظر مادة (٤٦)

وان ولى واحد من القسم الثانى عقد الزواج وهو غير الاب أو الجد وان علا والابن وان سفل ولو كان الام أو القاضى بان زوج الاخ اخته أو زوجت المرأة بنتها أو القاضى اليتيمة التى لا ولى لها من الاقارب فلا يصح العقد اصلا اذا كان الزوج غير كفء سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساويا له أو اكثر أو كان الزوج كفأ والمهر أقل من مهر المثل وكان الغبن فاحشا اذ اليسير مغتفر . ويصح الزواج وينفذ غير لازم اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل ويترتب على كون العقد غير لازم فى هذه الصورة ثبوت الخيار فى امضاء هذا العقد وفسخه لكل من الصغير والصغيرة عند البلوغ أو الافاقة ولو بعد الدخول فان كان كل من الصغير والصغيرة يعلم بهذا التزوج قبل البلوغ ثبت له الخيار عند البلوغ وان لم يعلم به قبل البلوغ ثبت له الخيار وقت العلم به لانه لا يتصور ثبوت الخيار فى شيء قبل العلم به فأثبتناه عند تصوره وهو وقت العلم . فقد علم من هذا انه عند ما يتولى احد من القسم الثانى الزواج يصح وينفذ ولا يلزم فى الحالة الاولى المتقدمة وهى ما اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل ولا يصح أصلا فى باقى الصور

وبعضهم روى عن أبى حنيفة أن المزوج اذا كان القاضى أو الام يكون العقد لازما فلا يثبت الخيار فى الفسخ واستدل على هذا بان ولاية القاضى تامة لانها تجمع المال والنفس وشفقة الام فوق شفقة الاب فكانا كالاب

(مادة ٤٦) لو كان الاب أو الجد مشهوراً قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقا وزوج صغيره أو صغيرته بغبن فاحش في المهر أو بغير كفء فلا يصح النكاح أصلا

ولكن الصحيح عدم الفرق بين الام والقاضي وغيرهما لان ولاية الالزام تبنى على الرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود فى كل واحد منهما احدهما ولان ولايتهما متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت الخيار فى الحاجب ففى المحجوب من باب أولى . وقال أبو يوسف لا يثبت الخيار للصغير والصغيرة بالبلوغ ولو كان المزوج غير الاب والجد لان النكاح عقد لازم وقد صدر من الولى فلا يفسخ قياساً على الاب والجد ولان الولاية لم تشرع فى غير موضع النظر صيانة عن الافضاء الى الضرر واذا صح النظر قام عقد الولى مقام عقده هو بعد بلوغه فلا يجوز له فسخه أصلا . ولابى حنيفة ومحمد ماروى من أنه عليه الصلاة والسلام زوج امامة بنت حمزة وهى صغيرة لسلمة بن ابى سلمة وهى بنت عمه وقال « لها الخيار اذا بلغت » وانما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة بدليل اثبات الخيار لها اذا بلغت ولانه عليه الصلاة والسلام لم يزوج أحداً بالنبوة ولو كان زوج بها لما تقدم عليه أحد ولم ينقل الينا أنه عليه الصلاة والسلام منع الاولياء من التزويج وزوج هو ولان العقد صدر ممن هو قاصر الشفقة لان أصل الشفقة موجود ولكنها قاصرة عند المقابلة بشفقة الاب والجد فيتطرق الخلل الى المقاصد فيثبت لهما الخيار ولوجود أصل الشفقة نفذناه فى الحال ولقصورها اثبتنا لهما الخيار فى المآل ليزال الضرر ولو كان فيه ضرر ويضاف الى اختيارهما الى نفسهما اذ الشخص ينظر فى شؤون نفسه اكثر من غيره فيبرأ الاولياء عن عهدة اليتامى بخلاف الاب والجد لانهما وافرا الشفقة تاما الولاية فلا نحتاج الى اثبات الخيار وعلى هذا من يلحق بالصغير والصغيرة اذا زوجه الاب أو الجد او الابن فلا خيار له

بعد الافاقة وأن زوجه غيرهم ثبت له الخيار بعدها

وقال الامام مالك لا تثبت ولاية الاجبار لأحد من الأقارب على الصغير والصغيرة الا للأب حتى لو زوجهما الجد عند عدم الأب فلا يجوز وقال الشافعي وليهما الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكراً وان كانت ثيباً فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ أو العم أو زوج الثيب الصغيرة الاب أو الجد كرهاً لا ينفذ النكاح . واستدل الامام مالك بان القياس يأبى ان يكون للشخص على الغير ولاية اذا كان حراً الا لحاجة ولا حاجة عند انعدام الشهوة غير ان ولاية الاب ثبتت نصاً على خلاف القياس فان سيدنا أبا بكر زوج عائشة من النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وهي بنت ست سنين وصحح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس عليه غيره وهو الجد ولا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان الولد جزء الاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت في الجد وشفقته قد نقصت فلا يكون في معناه (قلنا) لا نسلم ان ثبوت الولاية على الحر على خلاف القياس بل هو موافق له لان النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا تتوفر الا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل وقت فأثبتنا الولاية في حال الصغر احرازاً للكفء لكل من يتأتى منه الاحراز ابا كان أو غيره . واستدل الشافعي بأن الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولذلك لا يملك غيرهما التصرف في المال مع انه أدنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلأن لا يملك التصرف في النفس وهو أعلى من باب أولى

ودليلنا ان الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما في الاب والجد فان النظر فيهما لم يثبت الا من القرابة غاية ما في الباب انه متفاوت كمالا وقصوراً بقرب القرابة وبعدها لكن ما في البعيدة من القصور ممكن التدارك فاظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدي بأن يبيع الولى ثم يبيع المشترى من آخر ثم . . وثم . وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقف ذلك كله إلى وقت البلوغ فلا تفيد الولاية الا ملزمة ولا الزام مع القصور بخلاف المتناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالباً فكان التدارك بالتوقف الى البلوغ ممكناً ويؤيد كلام الحنفية قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « الانكاح الى العصبات » كما تقدم لك شرحه في مادة ٣٦ — انظر مادة (٤٧)

فقد علمت مما تقدم انه متى زوج الصغير أو الصغيرة غير الاب والجد من كفء وبمهر تام صح العقد ولكن لكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء أقام على النكاح وان شاء فسخ العقد فان اختار كل منهما بقاء العقد فلا كلام وان اختار الفسخ فلا ينفسخ العقد بمجرد اختياره له بل لا بد من أن يرفع الامر للقاضي ليفسخ العقد اذا لم يوجد مسقط للخيار بأن صدر منه

(مادة ٤٧) اذا كان المزوج للصغير والصغيرة غير الاب والجد ولو القاضي فلا يصح النكاح أصلا بغير كفء أو بغبن فاحش في المهر ويصح بالكفء وبمهر المثل ولكل منهما اذا لم يرض بالنكاح ولو بعد الدخول خيار فسخه بالبلوغ أو العلم به بعده

مايدل على الرضا صراحة أو دلالة

ويترتب على عدم فسخ هذا العقد الا بحكم القاضى أنه اذا مات أحد الزوجين بعد البلوغ واختيار الفسخ ولكن قبل تفريق القاضى ورثه الآخر لان أصل العقد صحيح والزوجية قائمة لم تزل لعدم القضاء الذى هو شرط فى ازالتها ويترتب عليه أيضاً لزوم كل المهر فى هذه الحالة اذا مات أحد الزوجين لان الزوجية ما دامت قائمة ومات أحد الزوجين ولو قبل الدخول بها يتأكد يتأكد بها لزوم كل المهر والزوجية هنا قائمة مادام القاضى لم يفرق بينهما فيتأكد لزوم كل المهر فاذا مات الزوج أخذت المرأة كل المهر من تركته واذا ماتت الزوجة أخذت ورثتها المهر من الزوج بعد اسقاط ما يخصه منه لانه من ضمن الورثة أما اذا مات أحد الزوجين بعد حكم القاضى بالفرقة بينهما فان كانت هذه الفرقة بعد الدخول لزم كل المهر أيضاً لان المهر كما يتأكد بموت أحد الزوجين يتأكد أيضاً بالدخول وقد حصل وان كانت قبل الدخول فلا يلزم كل المهر لان الزوجية قد انقطعت بحكم القاضى بفسخ العقد فصارا اجنبيين

فاذا اختار أحدهما فسخ العقد ورفع الامر الى القاضى وحكم بالفرقة ولم يمت أحد الزوجين فللزوجة كل المهر ان كانت الفرقة بعد الدخول وان كانت قبل الدخول فلا يجب المهر ولا شىء منه سواء كان الخيار منه أو منها لان الفرقة بالخيار فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ يجعل كانه لم يكن فلا يجب على الزوج شىء

وانما اشترط القضاء فى فسخ النكاح بخيار البلوغ لأن فى أصله ضعفاً إذ هو مختلف فيه لأن أبا يوسف يقول بعدم ثبوته ولأنه لدفع ضرر خفى وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوّج ولذا يشمل الذكر

والمؤنث لأن قصور الشفقة موجود بالنسبة اليهما واذا كان الضرر خفياً يتوقف على القضاء كالرجوع فى الهبة

واذا اختار احدهما فسخ النكاح ورفع الامر للقاضي وكان الآخر صالحاً للدعوى عليه بأن كان بالغاً عاقلاً أحضره وحكم بالفرقة بعد استيفاء شروط الدعوى وان كان غير صالح بأن كان صغيراً أو مجنوناً مثلاً فان كان له أب أو جد أو وصى من قبلهما أحضره وان لم يكن نصب القاضي وصياً فيحضره ويطلب منه حجة للصغير تبطل دعوى الفرقة من بينة على الرضا بالنكاح بعد البلوغ أو تأخيرها طلب الفرقة بعد البلوغ ان كان الزوج هو الصغير فان لم تكن بينة يحلفها الخصم على أنه لم يصدر منها ما يدل على الرضا بعد البلوغ فان حلفت يفرق القاضى بينهما بحضرة الخصم بلا انتظار الى بلوغ الصبي ولا افاقة المجنون ومثل الصغير والصغيرة من يلحق بهما فان له الخيار بعد افاقته انظر — مادة (٤٨)

والشخص الذي له الخيار بالبلوغ أما ان يكون مذكراً أو أنثى والانثى اما ان تكون وقت البلوغ بكراً أو ثيباً فان كانت بكراً واختارت فسخ النكاح فلا بد من الاشهاد على ذلك فوراً بأن تحضر شاهدين ان لم يكونا موجودين وتقول لهما بلغت الآن فاشهدا أنى فسخت عقد زواجى بفلان الذي باشره أخى أو عمى مثلاً ولكن محل ذلك اذا كانت عالمة بالزواج قبل البلوغ أو علمت به وقته لأن ثبوت الخيار لها لا يتصور الا اذا كانت عالمة بالزواج فان لم تكن عالمة بالزواج قبل البلوغ ولا وقته يثبت لها الخيار وقت علمها به ولو كان بعد البلوغ

(مادة ٤٨) اذا بلغ الصغير والصغيرة واختارا فسخ النكاح الذى باشره غير الاب والجد لزمهما أن يرفعا الأمر الى الحاكم ليفسخ النكاح اذا لم يوجد مسقط للخيار فاذا مات أحد الزوجين قبل أن يفسخ الحاكم النكاح يرثه الآخر ويلزم كل المهر للمرأة أو لورثتها

فاذا فرضنا أن بنتاً زوّجها أخوها وهي صغيرة ولم تعلم بهذا الزواج الا بعد بلوغها بزمن ولو طويلاً يثبت لها الخيار وقت علمها لأن وقت علمها ينزل منزلة وقت البلوغ لعدم تمكنها من الخيار قبل العلم والولى ينفرد به فعذرت فان لم تختر نفسها وقت البلوغ أو وقت العلم بالزواج وتشهد بل سكتت عن اختيار نفسها مختارة بطل خيارها فليس لها أن تختار بعد ذلك فان كان سكوتها قهراً عنها كما اذا هددها أخوها بايقاع أذى بها اذا اختارت نفسها فلا يكون سكوتها رضا بل لها أن تختار نفسها عند زوال هذا الاكراه فان لم تختر نفسها وقت البلوغ وكانت عالمة بالزواج أو عند العلم بالزواج بعد البلوغ بل سكتت وبعد ذلك اختارت نفسها وفسخت العقد مدعية أنها كانت جاهلة بثبوت هذا الخيار لها وعند ما علمت اختارت نفسها او ادعت أنها تعلم بثبوته لها ولكن قالت لا أعلم أنه يشترط على الفور بل هو ثابت لي متى أردت بطل خيارها بالسكوت ولا يقبل عذرها بجهلها الخيار أو الوقت الذى يثبت لها فيه لانها مطالبة بمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل لأن الجهل بالأحكام الشرعية فى دار الاسلام لا يعد عذراً الا اذا كان المعتذر قريب عهد بالاسلام أو نشأ في قرية بعيدة عن العلماء ويلزم كل شخص أن يعرف أحكام شريعته التى هو منتم اليها بلا فرق بين المذكر والمؤنث خصوصاً ما يخصه منها وقبيح بالمرء ان ينتسب لدين من الأديان ولا يدري ما فيه من الأحكام (تأمل) انظر مادة (٤٩)

(مادة ٤٩) الزوجة التي لها خيار الفسخ بالبلوغ اذا بلغت وهي بكر واختارت فسخ النكاح ينبغي لها أن تبادر باختيار نفسها وتشهد على ذلك فوراً حال البلوغ ان كانت

فان كانت ثيبا وقت البلوغ ولم تختر نفسها بل سكتت ساعة البلوغ أو ساعة علمها بالزواج ان كانت غير عالمة به قبل البلوغ فلا يبطل خيارها بالسكوت وانما يبطل بالرضا صراحة أو دلالة فالصريح كأن تقول اخترت البقاء مع زوجي الذي زوجنيه أخي أو عمي مثلا أو رضيت بهذا العقد والرضا دلالة كطلب مهرها اذا كان قبل الدخول أو نفقتها أو دخول الزوج بها وهي راضية لا مكرهة ومثل الثيب فيما ذكرناه الغلام فلا يبطل خياره بسكوته وقت بلوغه أو وقت العلم ولو بعد البلوغ وانما يبطل خياره بافصاحه بالرضا أو بوقوع ما يدل عليه كدخوله بالزوجة ان بلغ قبل الدخول أو وطئها ان كان بعد الدخول أو دفعه المهر ان كان قبل الدخول

وانما كان السكوت دليلا على الرضا في حق البكر لا الثيب والغلام لأن البكر تستحي من اظهار الرغبة في الزواج ولكنها لا تستحي من الرد فيكون سكوتها دليلا على ما يحول الحياء بينها وبينه والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها فلا يكتفي بغيره ومثلها الغلام وهو غير خاف على أحد — انظر مادة (٥٠)

عالمة بالنكاح قبله أو عنده أو حال علمها ان لم تكن عالمة به وقت البلوغ فان سكتت عن اختيار نفسها مختارة عالمة باصل النكاح بطل خيارها بالسكوت ولا يقبل عذرها اذا اعتذرت بجهلها الخيار أو الوقت الذي يكون لها الخيار فيه ومتى اشهدت على اختيارها نفسها ساعة البلوغ أو ساعة علمها بالنكاح فلا يضر تأخيرها رفع أمرها الى الحاكم بل تبقى على خيارها وان طال الزمن ما لم يوجد منها ما يدل على الرضا

(مادة ٥٠) اذا بلغت الزوجة التي لها الخيار وهي ثيب وسكتت عن اختيار نفسها ساعة البلوغ أو ساعة علمها بالنكاح ان كانت غير عالمة به قبل البلوغ فلا يبطل خيارها بالسكوت وانما يبطل بالرضا صراحة أو دلالة وكذلك الغلام لا يبطل خياره بسكوته بل بافصاحه بالرضا أو بوقوع ما يدل عليه

وكل هذه الاحكام خاصة بالصغير والصغيرة ومن يلحق بهما أما الكبير والكبيرة الحران المكلفان فلهما أحكام تخصهما فالحر البالغ العاقل له أن يتزوج بنفسه ولو كان سفيهاً أي مبذراً لما له على خلاف مقتضى الشرع والعقل فلا يشترط في صحة العقد الولي بل عقده صحيح نافذ لازم ولو كانت الزوجة التي تزوجها أقل منه شرفاً أو كان المهر الذى دفعه اليها أكثر من مهر مثلها فلا اعتراض لاحد من الاولياء عليه لان العار لا يلحقهم بهذا العمل وأما الحرة المكلفة فلا بد فيها من التفصيل بالنسبة للولي والمهر والزوج الذي تزوجت به . وبيان ذلك ان الحرة المكلفة إما ان يكون لها ولي أم لا فان كان لها ولي فاما ان يكون عصبة أو غير عصبة (ولا يخفى عليك ان الولاية هنا ولاية استحباب لا ولاية اجبار) وعلى كل فاما ان تزوج نفسها بكفء وبمهر المثل أو بكفء والمهر أقل من مهر المثل أو من غير كفء مطلقاً أي سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساوياً له أو أكثر فان زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل صح العقد نافذاً لازماً سواء كان لها وليّ أو لم يكن وسواء كان الولي عصبة أو غير عصبة لانه اذا لم يكن لها ولي فالامر ظاهر وان كان فلا وجه للاعتراض عليها فيما فعلت لان الاعتراض انما يكون عند لحوق العار لهم بفعلها وفعلها هذا حسن اذ الموضوع ان الزوج كفء والمهر مهر المثل — انظر مادة (٥١)

وان زوجت نفسها بكفء ولكن المهر أقل من مهر المثل فان كان لها

(مادة ٥١) للحر البالغ العاقل التزوج ولو كان سفيهاً بلا توسط ولي وللحرة المكلفة أيضاً ان تزوج نفسها بلا ولي بكراً كانت أو ثيباً وينفذ نكاحها ويلزم اذا كان الزوج الذي تزوجت به كفؤاً لها وكان المهر مهر مثلها

وليّ عاصب ورضي بذلك قبل العقد أو بعده صح نافذاً لازماً أيضاً كما فى الصورة الأولى لأن المهر فى الابتداء حق الولى والمرأة وقد أسقط كل منهما حقه فلا اعتراض عليه وان لم يرض بذلك صح العقد نافذاً غير لازم إذ له الاعتراض على الزوج قائلاً له إما ان تتم لها مهر المثل واما ان أرفع الامر الى القاضى ليفسخ العقد فان تمم الزوج المهر فبها والا فللولي العصبة الامر الثانى وهو رفع الامر الى القاضي ليفسخ العقد وهذا عند أبي حنيفة. وقال الصاحبان ليس له ذلك لان مازاد عن العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما اذا أبرأته من المهر بعد التسمية فلا اعتراض عليها بالاتفاق . ولأبى حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويعيرون بنقصها فاشبه الكفاءة بل هو أولى منها لأن ضرره أشد من ضرر عدم الكفاءة لانه عند تقادم العهد يعتبر مهر قبيلتها بمهرها فيرجع الضرر الى القبيلة كلها فكان لهم دفعه بخلاف الابراء بعد التسمية فانه لا يعير به وحاصله ان فى المهر حقوقاً ثلاثة أحدها حق الشرع وهو ان لا يكون أقل من عشرة دراهم أو ما يساويها والثانى حق الأولياء وهو ان لا يكون أقل من مهر المثل والثالث حق المرأة وهو كونه ملكاً لها ثم حق الشرع والأولياء مراعي وقت الثبوت فقط فلا حق لهما حالة البقاء

وإذا كان لها وليّ غير عاصب أو لم يكن لها وليّ أصلاً صح العقد نافذاً لازماً أيضاً لأنه إذا لم يكن لها وليّ فالمهر حقها فلها أن تسقط منه ما شاءت وان كان لها وليّ غير عاصب فلا يلحقه عار بنقصان المهر فلا يثبت له حق الاعتراض

وان زوّجت نفسها بغير كفء ولو كان المهر اكثر من مهر المثل فان لم يكن لها ولىّ أصلاً أو كان لها وليّ غير عصبة صح العقد بلا اعتراض أحد عليه

لأنه عند عدم الولي تكون الكفاءة حقها فقط وقد أسقطتها فتسقط والولي غير العاصب لا يلحقه العار بتزويجها بغير الكفء مثل ما يلحق العاصب فلا حق له في الكفاءة . وان كان لها ولي عاصب فان رضي قبل العقد بتزويجها بغير الكفء صح أيضاً لأن الكفاءة حقهما وقد أسقط كل منهما حقه فيسقط وان لم يرض قبل العقد فلا يصح الزواج أصلاً وان رضي بعده لأن العقد وقع باطلاً والباطل لا تلحقه الاجازه وانما تلحق الصحيح الموقوف وبعضهم يقول العقد في هذه الحالة يكون موقوفا على اجازة الولي

وقال الامام الشافعي والامام مالك لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً لقوله عليه الصلاة والسلام « أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقوله أيضاً « لا نكاح الا بولي »

ودليلنا أنها تصرفت فيما يصير حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج لكن على وجه لا يلحق العار بالاولياء كما تقدم لك وانما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب الى الوقاحة ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر اليه والاصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها » وهي من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً فان ذلك فيه حقان حقه وهو مباشرة عقد النكاح برضاها وحقها وقد جعلها أحق منه ولن تكون أحق الا اذا زوجت نفسها بغير رضاه وهذا الحديث متفق عليه والحديثان المتقدمان ضعيفان أو مختلف في صحتهما فلا يعارضانه

فان كان كل من الكبير والكبيرة رقيقين ثبتت الولاية لمالكهما بالاتفاق — انظر مادة (٥٢)

ويترتب على كون تزويج الكبيرة المكلفة خالص حقها انها هي التي تباشر عقد زواجها بنفسها أو تأمر من يقوم مقامها في ذلك وحينئذ لا تجبر على النكاح سواء كانت بكراً أو ثيباً بل اذا أراد الولي تزويجها فلا بد لنفاذ هذا العقد عليها من استئذانها أي طلب الاذن منها او حصول الرضاء منها بذلك وان زوجها بالفعل قبل الاستئذان فلا ينفذ هذا العقد عليها أيضاً الا اذا رضيت به واجازته ولكن الرضا يختلف بحسب البكارة والثيوبة والمستأذن

وبيانه انها ان كانت بكراً فاما ان يكون الذي استأذنها الولي القريب او من يقوم مقامه او الولي البعيد — فان استأذنها الولي القريب قبل العقد بان كان لها أب وجد والذي استأذنها هو الاب او وكل شخصاً بالنيابة عنه في استئذانها أو أرسل شخصاً يستأذنها وأخبرها كل منهم بالزوج وبالمهر فرضيت صريحاً بأن قال لها الأب اريد أن ازوجك لفلان بمهر كذا فقالت في مجلسه او نعم الزوج الذي اخترته مثلا أو لم تصرح ولكن وجد منها ما يدل على الرضا سواء كان تبسما أو ضحكا أو بكاء أو غيرهما والمعول عليه في الضحك والبكاء قرائن الأحوال فان الضحك قد يكون سروراً وقد يكون استهزاء والبكاء قد يكون للسخط وقد يكون أسفاً على فرقة

(مادة ٥٢) اذا تزوجت الحرة المكلفة بلا رضا وليها باقل من مهر المثل صح العقد وللولي اذا كان عصبة حق الاعتراض على الزوج حتى يتم مهر المثل ان رضي أو يفسخ الحاكم النكاح واذا تزوجت بغير كفء لها بلا رضا وليها العاصب صراحة قبل العقد فالنكاح غير جائز أصلا ولا ينفع رضا الولي بعد العقد واذا لم يكن لها ولي عاصب وزوجت نفسها من غير كفء أو كان لها ولي ورضي بزواجها بغير الكفء فالنكاح صحيح

الأهل ومما يدل على الرضا في جانب البكر سكوتها عند الاستئذان مختارة فان كان سكوتها باكراه كما اذا أرادت ان تقول لا ازوجه فقال لها أبوها ان تكلمت قتلتك مثلاً فسكتت فلا يكون هذا السكوت رضا كان كل هذا توكيلاً له بالزواج فله أن يزوجها من الزوج الذي عينه لها بالمهر الذي سماه أيضاً. ويتفرع على كونه توكيلا أن الولي لو استأذنها في رجل معين فقالت يصلح أو سكتت ثم لما خرج قالت لا أرضى ولم يعلم الولي بعدم رضاها فزوجها منه فهو صحيح لان الوكيل لا ينعزل حتى يعلم وهو قد زوجها قبل علمه بالعزل فوقت العقد كان وكيلا فيصح وان زوجها الولي القريب بالفعل ثم أخبرها هو بهذا العقد وبالزوج وبالمهر أيضاً او وكل أو أرسل شخصاً ليخبرها أو كان شخص حاضر العقد فتوجه اليها وأخبرها بدون وكالة ولا ارسال من الولي القريب وكان هذا الشخص عدلا وهذا هو المسمى بالفضولي فرضيت صريحاً أو وجد منها ما يدل على الرضا ولو السكوت كان هذا اجازة للعقد الذي حصل . ولو اختلف في السكوت بأن قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فأيهما أقام بينة قبلت فان لم تكن لأحدهما بينة ولم يكن دخل بها فالقول قولها بيمينها لأنه يدعي عليها لزوم العقد وملك البضع وهي تنكره والقول للمنكر بيمينه ولا يكون سكوتها عند الاستئذان رضا الا اذا كان الاستئذان كاملاً بأن يسمى لها الزوج على وجه تقع لها به المعرفة ويسمى لها المهر أما الأول فلا بد منه لتظهر رغبتها فيه أو رغبتها عنه فلو قال ازوجك من رجل فسكتت لا يكون اذناً فلو سمى فلاناً أو فلاناً فسكتت فله أن يزوجها من أيهما شاء وهذا كله اذا لم تفوض الأمر اليه اما اذا قالت له انا راضية بما تفعله أنت بعد قوله ان أقواما يخطبونك او قالت زوجني ممن تختاره ونحوه فهو اذن صحيح فله أن يزوجها ممن شاء ولكن ليس له بهذه المقالة أن

يزوجها لرجل ردت نكاحه أولا لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة مطلقة فانه ليس للوكيل ان يزوجه مطلقته اذا كان الزوج قد شكا منها للوكيل وأعلمه بطلاقها — وأما الثاني وهو تسمية المهر ففيه ثلاثة أقوال مصححة الأول انه لا تشترط تسميته في الاستئذان لان للنكاح صحة بدونه وصححه في الهداية الثاني يشترط تسميته لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة وقال في فتح القدير أنه الاوجه الثالث ان كان المزوج ابا أو جداً فلا يشترط ذكر المهر عند الاستئذان وان كان غيرهما يشترط — والظاهر هو الثاني

وان كان الذي استأذنها هو الولي البعيد بأن كان لها أخ شقيق واخ لأب فاستأذنها الأخ لاب وعين لها الزوج والمهر أو استأذنها أجنبي فلا بد من افصاحها بالرضا أو بوقوع ما يدل عليه منها كطلبها المهر مثلاً ولا يعد سكوتها في هذه الحالة رضا لان هذا السكوت قد يكون لقلة الالتفات الى كلامه اذ هناك من هو أولى منه فلم يقع دلالة على الرضا لأنه يحتمل الاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء لانه فضولي ولا في حق ولي غيره احق منه لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان المستأذن رسول الولي القريب لأنه قائم مقامه — انظر مادة (٥٣)

(مادة ٥٣) لا تجبر الحرة البالغة على النكاح بكراً كانت أو ثيباً بل لا بد من استئذانها واستئمارها فان كانت بكراً واستأذنها الولي القريب أو وكيله أو رسوله قبل تزويجها او زوجها الولي وأخبرها هو أو وكيله أو رسوله او فضولي عدل وعلمت بالزوج وبالمهر فسكتت عن رده مختارة لا مكرهة او تبسمت او ضحكت غير مستهزئة أو بكت بلا صوت فذلك اذن في صورة استئذانها قبل العقد واجازة بعده وان استأذنها غير القريب من الاولياء وعين لها الزوج والمهر فسكتت أو تبسمت او ضحكت أو بكت فلا يعد ذلك منها رضا بل لا بد من الافصاح بالرضا او من وقوع ما يدل عليه منها

وان كانت ثيباً فلا يكتفى منها بالسكوت أو الضحك أو التبسم سواء كان المستأذن أو المخبر هو الولي القريب أو البعيد بل لابد ان تعرب عن نفسها مفصحة برضاها أو يقع منها ما يدل عليه وانما كان السكوت دليلاً على الرضا بالنسبة للبكر لا للثيب لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت والثيب تشاور » والمشاورة من باب المفاعلة وهي تقتضي الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب أو لان المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالاشارة إلى الصواب وذلك لا يكون إلا بالنطق ولان السكوت صار رضا بالنسبة للبكر لتوفر الحياء لان لها عند الاستئمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلاً على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة في الرجال والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها أو وجود ما يدل على الرضا غير السكوت — فقد علم من هذا ان البكر والثيب العاقلتين البالغتين لا بد من استئذانهما لنفاذ العقد وان الرضا بالقول لا يشترط في حق الثيب بل رضاها يتحقق تارة بالقول كقولها رضيت وقبلت واحسنت واصبت أو بارك الله لك أو لنا ونحوها وتارة يكون بالدلالة كطلب مهرها أو نفقتها أو تمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك بالسرور من غير استهزاء فلا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا وان رضاهما قد يكون صراحة وقد يكون دلالة غير ان سكوت البكر رضاً دلالة لحيائها دون الثيب لأن حياءها قد قلّ بالممارسة فلا يدل سكوتها على الرضا

وقال الامام الشافعي يجبر الاب والجد البالغة اذا كانت بكراً على النكاح مثل الصغيرة والجامع بينهما عندهم الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة ولكونها جاهلة بأمر النكاح يملك الأب قبض صداقها بغير أمرها - وللحنفية انها حرّة عاقلة بالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية وقياسها على الصغيرة قياس مع الفارق لان الولاية انما ثبتت على الصغيرة لقصور عقلها فلا يمكنها ان تنظر في شؤون نفسها بما هو صالح لها وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ توجه الخطاب فصار الاجبار عليها كالاجبار على الغلام فان كان صغيراً جاز لقصور العقل وان كان بالغاً فلا يجوز وصار كالتصرف في مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه بالاتفاق فكذا ما نحن فيه وانما يملك الأب قبض صداقها برضاها دلالة لأن الظاهر ان البكر تستحي من قبض صداقها وان الأب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها به مع مال نفسه ليبعث بها الى زوجها فكان ذلك اذناً دلالة ولهذا لو نهته عن قبضه فلا يملكه لان الدلالة تبطل بصريح يخالفها - انظر مادة (٥٤)

وما دامت الجلدة الرقيقة موجودة في المحل المعلوم فهي بكر تسري عليها أحكام الابكار بالنسبة للزواج وغيره فان زالت هذه الجلدة الرقيقة التي يسمونها عذرة فان كان زوالها بتعنيس وهو طول المكث من غير تزويج أو بوثبة اي نطة وهي الوثوب من فوق أو بحيضة بأن نزل عليها دم الحيض بكثرة فازال عذرتها أو بجراحة في المحل المعلوم لداع من الدواعي فهي بكر

(مادة ٥٤) البالغ الثيب اذا استأذنها الولي بعيداً كان أو قريباً فسكتت فلا يكون سكوتها رضا بل لا بد ان تعرب عن نفسها مفصحة برضاها أو يقع منها ما يدل عليه .

حقيقة وحكماً إذ البكر هي التي يكون مصيبها أول مصيب وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي أول الثمار أو من البكرة وهي أول النهار ورد هذا بان زائلة العذرة بالوثبة لو كانت بكراً حقيقة لما تمكن من الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زائلة العذرة مع أن له أن يردها وأجيب بأن الرد هنا باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر حقيقة ولان النطق سقط بالحياء وهو موجود ههنا لانها تستحي لعدم الممارسة ومثل من زالت بكارتها بهذه العوارض المرأة التي فرق بينها وبين زوجها بعنة فاذا تزوج رجل امرأة ووجدته عنيناً ورفعت أمرها الى القاضي وفرق بينهما بعد اجراء ما يلزم اعتبرت بكراً لما تقدم وكذلك المرأة التي تزوجت برجل وفسخ العقد بينهما قبل الدخول أو طلقها أو مات عنها قبل الدخول أيضاً ولو كانت بعد الخلوة الصحيحة فكل هؤلاء أبكار حقيقة وحكماً حتى لو قال رجل أوصيت لابكار بني فلان بثلث مالي استحق جميع من ذكر لانهن ابكار حقيقة والزائل انما هو العذرة لا البكارة وأما اذا زالت عذرتها بالزنا فقال الامام الشافعي وأبو يوسف ومحمد انها ثيب حقيقة ولهذا لو أوصى لابكار بني فلان لا تدخل في الوصية ولثيبات بني فلان تدخل فيها وتستحق ويردها المشترى الشارط بكارتها فهي ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثابة للبيت الذي يعود الناس اليه في كل عام والتثويب العود الى الاعلام مرة بعد أخرى فجروا على هذا الاصل في تزويجها وقالوا لا بد من القول ولا يكتفى بسكوتها لانها ثيب وخرج الامام عن هذا الاصل فقال ان اشتهر حالها بأن خرجت وأقيم عليها الحد أو صار الزنا عادة لها بأن تكرر فلا بد من القول

فان لم تحد أو لم يتكرر فهى بكر حكماً لان الناس عرفوها بكراً والشرع جعل السكوت رضا بعلة الحياء واذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها وههنا قد وجدت لمعرفة الناس لها بالبكارة فيعيبونها بالنطق فتستحى فتمتنع من النطق فكانت العلة موجودة فيكتفى بسكوتها كى لا تتعطل مصالحها واتفقوا على انه لو زالت بكارتها بوطء بشبهة كما اذا زفت امرأة لرجل وقيل له هي زوجتك فدخل بها وتبين الحال بعد ذلك ففرق بينهما أو بنكاح فاسد تكون ثيباً حقيقة فلا يكون سكوتها اذناً بل لا بد من النطق أو ما يدل على الرضا غير السكوت لعدم الحياء هنا ولان الشرع اظهر هذا الوطء حيث علق به احكاما من لزوم العدة والمهر وثبوت النسب — انظر مادة (٥٥)

وقد علمت مما تقدم ان الغرض من الزواج التناسل وهذا لا يكون إلا بالوطء فاذا كانت الزوجة مطيقة سلمت الى الزوج عند طلبه فان كانت صغيرة لا تطيق الوطء وطلبها الزوج فلا يجبر وليها على تسليمها له سواء كان أبا أو غيره ومع ذلك فله طلب ما استحق من مهرها من الزوج لانه وجب بالعقد فان اتفقا على انها لا تطيق الوطء فبها وان اختلفا بأن قال الزوج انها تطيقه وانكر الاب ذلك فلا بد من حكم بينهما وهو القاضي وحينئذ يعين القاضي من يثق بهن من النساء ويأمرهن بالكشف عليها ويأخذ بما يقلن

(مادة ٥٥) من زالت بكارتها بعارض أو تعنيس فهى بكر حقيقة كمن فرق بينهما وبين زوجها بعنة أو فسخ أو طلاق أو موت بعد خلوة قبل وطء ومن زالت بكارتها بزنا فهى بكر حكماً ما لم يتكرر منها أو تحد فان تكرر منها أو لم يتكرر وحدت فهى ثيب كالموطوأة بشبهة أو بنكاح فاسد

فان وافقن الولي فلا يأمره بتسليمها وان وافقن الزوج أمر الولي بالتسليم ولا يعتبر السن لانه من الجائز ان تكون بنت تسع تطيق الوطء لسلامة بنيتها من كل الامراض وأخرى في هذا السن وهي نحيفة لا تطيقه — انظر مادة(٥٦)

الباب الخامس

(في الوكالة بالنكاح)

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي ينفذ على المولى عليه ناسب ان نذكر الوكالة بالنكاح عقب الولي والتوكيل هو اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه فيؤخذ من هذا التعريف ان كل شخص يملك تصرفاً من التصرفات له ان يتولاه بنفسه وله أن يوكل غيره فيه وكل شخص لا يملك تصرفاً ليس له ان يوكل غيره فيه لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فاذا كانت الاولى غير موجودة فلا يتأتى وجود الثانية ويترتب على هذا ان الشخص متى كان عاقلا بالغاً سواء كان مذكراً أو انثى يجوز له أن يوكل غيره بتزويجه لان له أن يتولاه بنفسه وكذلك الولي سواء كان اباً أو جداً أو غيرهما فان له أن يوكل

(مادة ٥٦) لا تسلم الزوجة الصغيرة للزوج حتى تطيق الوطء ولا يجبر الاب على تسليمها وله طلب ما استحق من مهرها من الزوج فان زعم الزوج انها تطيقه وانكر الاب ذلك فعلى الحاكم ان يأمر من يثق بهن من النساء بالكشف عليها فان قلن بصلاحيتها للرجال يأمر اباها بتسليمها والا فلا ولا عبرة بالسن

غيره بتزويج من له الولاية عليه سواء كان صغيراً أو ملحقاً به لان له أن يتولى العقد بنفسه — وان الشخص متى كان صغيراً أو ملحقاً به فلا يجوز له أن يوكل غيره بتزويجه لانه ليس له أن يزوج نفسه فلا يوكل غيره اذ الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة وهذه غير موجودة فلا يتأتى وجود الثانية — انظر مادة (٥٧)

ولا يشترط أن يكون التوكيل بالكتابة بل يصح أن يكون كتابة وان يكون مشافهة ولا يشترط لصحة التوكيل الاشهاد عليه فاذا وكل شخص غيره في التزويج أو في غيره ولم يشهدا على هذا التوكيل ففعل الوكيل الموكل فيه جاز على الموكل وانما يستحب الاشهاد عليه خوفاً من جحود التوكيل فيحصل النزاع فاذا كانت هناك شهود أمكن المدعى اثبات التوكيل بها بخلاف ما اذا لم يشهدا فانه لا يتأتى اثبات التوكيل بالبينة — انظر مادة (٥٨)

ولا يجوز للوكيل بالزواج أن يوكل غيره بل هو الذي يتولى العقد بنفسه سواء كان الموكل له هو الزوج أو الزوجة لان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره فليس له أن يقيم غيره مقامه حتى اذا وجد من الموكل رضا بغير رأي الوكيل جاز للوكيل أن يوكل سواء كان هذا الرضا صراحة أو دلالة فالصريح كما اذا قال رجل لآخر وكلتك في ان تزوجني فلانة ولك أن توكل فلانا أو لك أن

(مادة ٥٧) يجوز للزوج والزوجة ان يتوليا عقد نكاحهما بانفسهما وان يوكلا به من شاآ اذا كانا حرين عاقلين بالغين وللولي ابا كان او غيره ان يوكل بنكاح من له الولاية عليهم من الصغار ومن يلحق بهم

(مادة ٥٨) يصح التوكيل بالنكاح شفاها وبالكتابة ولا يشترط الاشهاد عليه لصحته بل لخشية الجحود والنزاع

توكل من شئت ففي الحالة الأولى ليس له أن يوكل غير فلان المعين لعدم رضاه برأي غيره وفي الحالة الثانية له أن يوكل من شاء لتفويض الامر الى مشيئته فكل شخص وكله فقد شاء توكيله فيصح والدلالة كأن يقول له وكلتك في أن تزوجني فلانة وفوضت الأمر الى رأيك في كل ما تفعله فتوكيله غيره في هذه الحالة صحيح أيضاً لانه من ضمن افعاله التي رضي بها الموكل فيصح ــ انظر مادة (٥٩)

فاذا ولي الوكيل عقد الزواج فقد انتهت مأموريته فلا يطالب بالحقوق المترتبة عليه لأنه سفير ومعبر فقط بخلاف الوكيل في البيع فان كان وكيلا من جهة البائع يطالب بتسليم المبيع وان كان من جهة المشتري يطالب بالثمن ومثلها جميع الحقوق المترتبة على عقد البيع كما يأتي لك في محله

وحينئذ فلا يطالب الزوج الوكيل بتسليمه الزوجة ولا تطالب الزوجة الوكيل بمهرها بمجرد هذا العقد فان حصل مايوجب مطالبته بالمهر غير العقد طولب به فان التزم الوكيل للزوجة أو لوليها بدفع المهر سواء كان هذا الالتزام في العقد أو بعده وجب عليه أداؤه لكن وجوب هذا الاداء لم يكن بالعقد بل بالضمان فان دفع الوكيل المهر وأراد أن يأخذه من الزوج فان اعطاه من غير نزاع فيها وان تأخر عن الدفع اليه فان أذنه باعطائه للزوجة اجبر على الدفع للوكيل لان الوكيل في هذه الحالة صار قاضياً دينه باذنه فلا يكون متبرعا وان كان الزوج لم يأذن له بالاعطاء فلا يجبر على دفعه لانه والحالة هذه يكون متبرعا

(مادة ٥٩) لايجوز للوكيل بالنكاح أن يوكل غيره بلا اذن موكله أو موكلته او بلا تفويض الامر الى رأيه

حيث دفع الدين بلا اذن المدين ـ انظر مادة(٦٠)

فان ولى الوكيل العقد الذى وكل فيه وكان موافقا لكل ما أمره به الموكل لزمه وليس له أن يردّه أصلا فاذا وكل رجل رجلا آخر فى أن يزوجه بنت فلان الفلانيه بمائة جنيه مثلا فزوجها له بهذا المبلغ لزمه هذا العقد وليس له نقضه فان خالف بان زوجه غير المسماه او زوج المسماة له بمائة وخمسين جنيها مثلا فلا ينفذ هذا العقد بل يكون موقوفا على مشيئة الموكل فان لم يرض به أبطله وان رضي اجازه وسيأتى لك إيضاح بما لا مزيد عليه ان شاء الله تعالى لهذا المقام فى مادة ٤٠١ وما بعدها ـ انظر مادة (٦١)

الباب السادس

(في الكفاءة)

الكفء فى اللغة النظير يقال كافأه أي ساواه ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم» وانما اعتبرت الكفاءة بين الزوجين لان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على أغراض ومقاصد كالازدواج والصحبة والالفة وتأسيس القرابات ولا ينتظم ذلك عادة الا بين الاكفاء

(مادة ٦٠) لا يطالب الوكيل بتسليم الزوجة للزوج ولا بمهرها الا اذا ضمنه لها فان ضمنه وجب عليه آداؤه وليس له الرجوع به على الزوج الا اذا كان الضمان باذنه

(مادة ٦١) يشترط للزوم عقد الوكيل ونفوذه على من وكله موافقته لما أمره به فان خالف فلا ينفذ عليه النكاح الا اذا اجازه

ولانهم يتعيرون بعدم الكفاءة فيتضرر الاولياء به. والكفاءة تعتبر من جانب الرجل لا من جانب المرأة لان الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة المرأة

والكفاءة حق الولي وحق المرأة فلو أسقط كل منهما حقه فالامر ظاهر ولو اسقط واحد منهما حقه بقي حق الآخر ويترتب على كون الكفاءة حقهما أنه اذا تزوجت المكلفة بغير كفء برضا وليها العاصب قبل العقد صح لان كلا منهما اسقط حقه في الكفاءة فيسقط ولو زوجت نفسها من غير كفء بلا رضاه لم يصح العقد لانها وان اسقطت حقها فحقه باق ولو كانت الكفاءة حقها وحدها لصح هذا العقد . ولو زوج الاب أو الجد وكل منهما معروف قبل العقد بسوء الاختيار أو غيرهما من الاولياء موليته بغير كفء لم يصح هذا العقد ايضا لان الولي وان أسقط حقه في الكفاءة الا ان حقها باق ولو كانت الكفاءة حق الولي وحده لصح هذا العقد — واعتبار الكفاءة عند ابتداء العقد فلا يضر زوالها بعده فاذا كان الرجل وقت التزوج كفؤا للمرأة التي تزوجها ثم زالت الكفاءة بأي سبب من الاسباب الآتية فلا ينفسخ العقد بانعدام الكفاءة لانها من الشروط التي يلزم وجودها في أول الامر ولا يشترط استمرارها لما يترتب على اشتراط الاستمرار من الحرج لان بقاء الشخص على حالة واحدة نادر فيلزم على اعتبار استمرارها فسخ عقود كثيرة ولا يخفى ما فيه من الضرر. انظر مادة (٦٢)

(مادة ٦٢) تعتبر الكفاءة من جانب الزوج لا من جانب المرأة فيجوز أن تكون أدنى منه في الشروط المذكورة في المادة الآتية والكفاءة حق الولي وحق المرأة واعتبارها عند ابتداء العقد فلا يضر زوالها بعده

وقد علمت مما تقدم انه اذا زوجت المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد أوزوج الصغيرة غير الاب والجد من الاولياء او زوجها الاب او الجد وهو مشهور بسوء الاختيار قبل العقد يشترط لصحة النكاح ان يكون الزوج كفؤ المرأة فان كان الزوج غير كفء فلا يصح العقد. والكفاءة معتبرة في ستة أشياء وهي النسب ان كانا عربيين أصلا والاسلام والحرية والمال والديانة والحرفة سواء كانا عربيين أوغير عربيين. قد نظم بعضهم هذه الاشياء الستة تسهيلا لحفظها فقال :

ان الكفاءة في النكاح تكون في ست لها بيت بديع قد ضبط
نسب واسلام كذلك حرفة حـــرية وديانة مال فقط

وانما اعتبرت في هذه الاشياء لان التفاخر يقع بها فيما بين الناس فلا بد من اعتبارها فالنسب معروف والعربي عند الفقهاء هو من يعرف اتصال نسبه الى قبيله من القبائل والعجمي بخلافه فقريش بعضهم اكفاء لبعض فلا يعتبر التفاضل فيما بين قريش. وعن محمد الا ان يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة وكأنه قال ذلك تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة ويدل على عدم اعتبار التفاضل بين قريش ان النبي عليه الصلاة والسلام زوج بنته من عثمان وهو عدوى لا هاشمى وزوج علي كرم الله وجهه بنته ام كلثوم من عمر وهو عدوى لا هاشمى وهي هاشمية ويجمعها قريش وكذا العرب غير قريش بعضهم اكفاء لبعض ولا يكون سائر العرب اكفاء لقريش. والعجم ليسوا بكفء للعرب والاصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام «قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالى بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل» وانما قال في

الموالي رجل برجل لانهم ضيعوا أنسابهم فلا يفتخرون بها لجهلها عندهم وانما يفتخرون بالاسلام والحرية والحرفة . . الخ وانما سمى العجم موالي لان بلادهم فتحت عنوة بأيدي العرب وكان للعرب استرقاقهم فاذا تركوهم فكأنهم اعتقوهم والموالي هم المعتقون . وأفضل الناس نسباً بنو هاشم ثم قريش ثم سائر العرب لما روى عنه عليه الصلاة والسلام « ان الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشاً واختار منهم بني هاشم واختارني من بني هاشم ولا فخر »

والقرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينسب إلا لأب فوقه فهو عربي غير قرشي والنضر هو الجد الثاني عشر للنبي عليه الصلاة والسلام فانه سيدنا محمد بن عبد الله بن عبدالمطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك ابن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد ابن عدنان . واقتصر البخاري في نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عدنان

والخلفاء الاربعة رضي الله عنهم كلهم من قريش لانتسابهم الى النضر فمن دونه وليس فيهم هاشمي إلا علي كرم الله وجهه فان الجد الاول للنبي صلى الله تعالى عليه وسلم جده فانه على بن ابي طالب بن عبد المطلب فهو من أولاد هاشم - وأما أبو بكر الصديق رضي الله تعالى عنه فانه يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجد السادس وهو مرة فانه عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة . وأما عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فانه يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجد السابع وهو كعب فانه عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رياح بن عبد الله بن قرط

ابن رزاح بن عدي بن كعب ورياح بكسر الراء وبالياء تحتها نقطتان

وأما عثمان رضي الله تعالى عنه فيجتمع مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم في الجد الثالث وهو عبد مناف فانه عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف — انظر مادة (٦٣)

وإسلام الاصول معتبر في العجم وأما في العرب فهو غير معتبر فمن لا أب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن لها آباء في الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفؤاً لنسب آخر وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فمفاخرتهم بالاسلام فمن كان له أب في الاسلام يفتخر على من لا أب له فيه ولا يعده كفؤاً وحينئذ لا يكون من أسلم بنفسه من العجم كفؤاً لمن لها أب في الاسلام ومن له أب واحد في الاسلام لا يكون كفؤاً لمن لها أبوان فيه أما من له أبوان في الاسلام فكفء لمن لها آباء فيه لان أصل التعريف بالاب وتمامه بالجد فلا يشترط أكثر من ذلك فتبين من هذا ان الاسلام معتبر في حق العرب بالنسبة الى الزوج وحده لا إلى أبيه وجده وفي حق العجم بالنسبة للزوج وأبيه وجده

والحرية نظير الاسلام فيما ذكرناه بالنسبة للعجم وأما بالنسبة للعرب فهي

(مادة ٦٣) اذا زوجت الحرة المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد أو زوج الصغيرة غير الأب والجد من الأولياء أو زوجها الأب أو الجد وهو ماجن سيء الاختيار مشهور بذلك قبل العقد يشترط لصحة النكاح ان يكون الزوج كفؤاً للمرأة نسباً ان كانا عربيين أصلا واسلاماً ومالا وصلاحاً وحرفة سواء كانا عربيين أو غير عربيين فان كان الزوج غير كفء للمرأة في شرط من الشروط المذكورة فالنكاح غير صحيح في الصور المتقدمة

لازمة لهم لانه لايجوز استرقاقهم ولا يبعد من يكون من أسلم بنفسه كفؤاً لمن اعتق بنفسه ولا يكون معتق الوضيع كفؤاً لمعتقة الشريف - انظر مادة (٦٤)

فالعجمي لا يكون كفؤاً للعربية ولو كان ذا جاه بان كان سلطاناً أو عالماً وقال البعض ان كان الحسب والجاه آتيين من جهة السلطة فلا يكون كفؤاً لها وان من جهة العلم كان كفؤاً لان شرف العلم فوق شرف النسب ولذا قيل ان عائشة أفضل من فاطمة رضي الله تعالى عنهما لكثرة علمها وفوق شرف المال أيضاً ولذا يكون العالم الفقير كفؤاً لبنت الغني الجاهل - انظر مادة (٦٥)

وأما الكفاءة في المال فقال بعضهم لا بد من التساوي فيه وعلى هذا لو تزوج رجل ثروته خمسة آلاف درهم بامرأة ولها عشرة آلاف ولها أخ لا يرضى بذلك فله حق الاعتراض لان الكفاءة غير موجودة من جهة الزوج فالفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وهو المعول عليه وحينئذ يكون معنى الكفاءة في المال أن يكون الزوج مالكاً للمهر والنفقة حتى أن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤاً لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه فلا بد منها أيضاً والمراد بالمهر قدر ماتعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل

(مادة ٦٤) يعتبر الاسلام بالنظر للزوج وأبيه وجده لا غير فمسلم بنفسه ليس كفؤاً لمسلمة أبوها مسلم ومن له أب واحد مسلم ليس كفؤاً لمن لها أبوان مسلمان ومن له ابوان في الاسلام كفؤ لمن لها آباء

(مادة ٦٥) شرف العلم فوق شرف النسب فغير العربي كفء للعربية ولو كانت قرشيه والعالم الفقير كفء لبنت الغني الجاهل

عرفاً والمراد بملكه النفقة أن يكون مالكاً لنفقة شهر إن كان غير محترف أو يتكسب كل يوم ما يكفيه ان كان محترفاً ومتى وجد هذان الامران عند الزوج فهو كفء ولو كانت المرأة ذات أموال جسيمة وثروة عظيمة ـ ويعد الزوج قادرا على المهر بيسار أبيه وأمه وجده وجدته ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الاب لان الآباء في العادات يتحملون المهر عن الاولاد ولا يتحملون النفقة الدائرة فلو كانت العادة انهم يتحملونها عنهم أيضاً عد قادراً بذلك ـ انظر مادة (٦٦)

وأما الديانة فالغرض منها التقوى والزهد والصلاح واعتبار التقوى في الكفاءة قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الصحيح لانها من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه فلما كان النسب معتبراً كانت الديانة اولى ـ وقال محمد لا تعتبر لانها من الامور الاخرى فلا تبنى أحكام الدنيا عليها الا اذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان فلا يكون الفاسق كفؤاً لصالحة بنت صالح سواء كان معلناً بالفسق أم لا وانما يكون كفؤاً لفاسقة بنت فاسق او فاسقة بنت صالح ـ انظر مادة (٦٧)

وأما الحرفة فعند أبي حنيفة ان الكفاءة لا تعتبر فيها أصلا لانها ليست

(مادة ٦٦) لا عبرة بكثرة المال في النكاح فمن قدر على المهر المتعارف تعجيله ونفقة شهر ان كان غير محترف أو قدر على كفاية المرأة بتكسبه كل يوم ان كان محترفاً فهو كفء لها ولو كانت ذات أموال جسيمة وثروة عظيمة

(مادة ٦٧) لا يكون الفاسق كفؤا لصالحة بنت صالح وانما يكون كفؤا لفاسقة بنت فاسق او بنت صالح

بلا زمة ويمكن التحول الى أنفس منها وعن أبي يوسف مثله إلا ان تفحش كالحائك والحجام والدباغ والكناس ولكن المعول عليه اعتبارها لان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وهي وان امكن تركها يبقى عارها وحينئذ يكون المدار فيها على التفاخر والتعير ولذلك كانت معتبرة فى العجم لان افتخارهم بها لا بالنسب بخلاف العرب فان افتخارهم به لا بها إلا إذا كان العربي محترفاً بنفسه بحرفة دنيئة فانها تعتبر فصاحب الحرفة الدنيئة لا يكون كفؤاً لبنت صاحب الحرفة الشريفة ولا يمكن فى هذا المقام حصر الحرف وبيان الشريفة والخسيسة لكثرتها وتشعبها

فان اتفقت الحرف فالامر ظاهر وان اختلفت ولكنها متقاربة كالحائك والحجام فلا يعتبر التفاوت وتثبت الكفاءة فالحائك يكون كفؤاً للدباغ والدباغ يكون كفؤاً للكناس والصفار يكون كفؤاً للحداد وهؤلاء ليسوا كفؤاً لبنت العطار والجوهري والعطار يكون كفؤاً للبزاز وحينئذ فيترك الحكم فيها الى العرف لان بعض البلاد يعد بعض الحرف شريفة فى حالة عد البعض لها دنيئة فكل بحسب عرفه .

والعرف في الشرع له اعتبار * لذا عليه الحكم قد يدار

واقتصارهم على الاشياء الستة المتقدمة يفيد انه لا يعتبر غيرها في الكفاءة فلا عبرة بالجمال ولا العقل فالمجنون كفء للعاقلة وفيه خلاف بين المشايخ ولا عبرة بالبلد أيضاً فالقروي كفء للمدنى وعلى هذا يكون التاجر فى القرى كفؤاً لبنت التاجر فى مصر للتقارب ولا بالسن أيضاً فاذا زوج أخته الصغيرة لرجل طاعن في السن صح العقد وهكذا . ومع كل ما تقدم

فالاحسن للاولياء ان يراعوا الاشياء المتناسبة بين الزوجين كي تحصل الالفة والمحبة بينهما بخلاف ما اذا لم تراع فينجم من الضرر مالا تحمد عقباه ـ انظر مادة (٦٨)

ومما يترتب على كون الكفاءة حق الولى وحق المرأة انه لو زوجت امرأة نفسها من رجل ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم أنه كفء او غير كفء ثم تبين أنه غير كفء فلا خيار لها لانها اسقطت حقها في الكفاءة بعدم البحث والاشتراط ولكن الاولياء لم يحصل منهم ذلك فلهم الخيار او يكون العقد لاغياً على حسب الروايتين في مثل هذه المسئلة ـ وكذلك الاولياء لو زوجوها برضاها ولم يعلموا بعدم الكفاءة ولم يشترطوها ولم يخبرهم الزوج بها فليس لهم خيار الفسخ ولا لها أما اذا اشترطوا او اخبرهم الزوج بالكفاءة فزوجوها على ذلك ثم ظهر أنه غير كفء كان لهم الخيار لانه اذا لم يشترطوا الكفاءة ولم يخبرهم الزوج بها كان الرضا بعدم الكفاءة من الولى ومنها ثابتاً من وجه دون وجه لان حال الزوج محتمل بين أن يكون كفؤاً وأن لا يكون والنص انما اثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة من كل وجه فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه ولانه عند عدم الاشتراط يكون التقصير حاصلا منهم جميعاً بترك البحث مع امكانه فكأنهم راضون به على كل حال فلا يثبت لهم حق الفسخ بخلاف ما اذا اشترطوا فلا يثبت رضاهم الا اذا كان كفؤاً فان ظهر غير كفء ثبت لهم حق الفسخ

(مادة ٦٨) تعتبر الكفاءة حرفة في غير العرب وفيمن يحترف بنفسه من العرب فاذا تقاربت الحرف فلا يعتبر التفاوت فيها وتثبت الكفاءة واذا تباعدت فصاحب الحرفة الدنيئة لا يكون كفؤاً لبنت صاحب الحرفة الشريفة والعبرة في ذلك بعرف اهل البلد في شرف الحرفة وخستها

ولو أخبرها الزوج بنسب غير نسبه فظهر انه دونه وهو ليس بكفء فحق الفسخ ثابت للكل واذ كان كفؤاً فحق الفسخ ثابت لها لا للاولياء وان كان ما ظهر فوق ما أخبر به فلا فسخ لاحد وعن أبي يوسف ان لها الفسخ لانها عسى أن تعجز عن القيام معه واذا تزوجها على أنه فلان بن فلان فاذا هو أخوه أو عمه فلها الخيار وهذا في غاية الظهور. انظر مادة (٦٩)

الباب السابع

(في المهر)

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان مقدار المهر وما يصلح تسميته مهراً وما لا يصلح)

المهر هو المال الذي يجب بالزواج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية وإما بالعقد وله اسماء المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر

والعقد يصح وان لم يسم فيه مهر أو نفي بان تزوجها بشرط ان لا مهر لها لان النكاح لغة عقد انضمام وازدواج فيتم بالزوجين ـ وهو واجب شرعا

(مادة ٦٩) اذا زوج الولي موليته الكبيرة برضاها جاهلا قبل العقد كفاءة الزوج لها ثم علم بعده أنه غير كفء لها فليس له خيار فسخ النكاح ولا لها ما لم يكن اشترط الكفاءة على الزوج او اخبره الزوج انه كفء فاذا هو غير كفء فلها ولوليها الخيار في الصورتين

لاظهار شرف المحل لالصحة النكاح والدليل على أن عقد الزواج يصح وان لم يسم مهر فى العقد قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا فى النكاح الصحيح فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وأقل المهر شرعا عشرة دراهم فضة وتكون هذه العشرة وزن سبعة مثاقيل سواء كانت مضروبة او غير مضروبة لقوله عليه الصلاة والسلام «لا مهر أقل من عشرة دراهم» وعن سيدنا على كرم الله وجهه اقل ما تستحل به المرأة عشرة دراهم ولأنه حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى (قد علمنا مافرضنا عليهم فى ازواجهم) وكان ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدر بماله شأن وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف به عضو محترم فلأن تملك به منافع البضع من باب أولى ولا يشترط أن تكون الدراهم مسكوكة فلو سمي عشرة تبرا اوعرضا قيمته عشرة تبرا لا مضروبة صح

وقال الامام مالك أقل المهر ربع دينار وقال الامام الشافعى والامام احمد ما يجوز أن يكون ثمنا فى البيع يجوز تسميته مهراً لان المهر حقها شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا فيكون التقدير اليها - ولناماتقدم وكل ما استدلوا به كقوله عليه الصلاة والسلام «التمس ولو خاتما من حديد» محمول على المعجل حتى يمكن الجمع بين كل الروايات - والمعتبر فى هذه الدراهم العشرة ان تكون وزن سبعة مثاقيل لاعشرا ولا ستة أو خمسة وذلك أن الدراهم المستعملة فى زمن سيدنا عمر كانت على ثلاثة أنواع النوع الاول عشرة دراهم وزن عشرة مثاقيل الثاني عشرة دراهم وزن ستة مثاقيل الثالث عشرة دراهم وزن خمسة مثاقيل

فأراد أرباب الأموال اخراج زكاتها على حسب النوع الثالث وعمال بيت المال أرادوا الاخذ حسب الاول فرفع الامر الى سيدنا عمر فجمع الأنواع الثلاثة وأخذ ثلثها وهو سبعة فصار المعول عليه من ذاك الوقت عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل في كل المقدرات الشرعية ولا يقبل من الزوجين تسمية أقل من هذا المقدار فان سميا أقل منها كملت العشرة مراعاة لحق الشرع وان سميا اكثر منها فلا يعارضهما أحد اذ للزوج ان يسمي لزوجته ما شاء على حسب قدرته واتفاقهما — أنظر مادة (٧٠)

ولا يشترط ان يكون المهر من الذهب أو الفضة بل ما كان متقوماً بمال يصلح تسميته مهراً سواء كان هذا الشيء من العقار كقطعة من الارض أو بيت أو من العروض كقطعة من الحرير أو الصوف مثلاً أو من الجوهرات كخاتم من الماس أو من الانعام كجمل أو حصان أو المكيلات كعشرين أردباً من الحنطة أو من الموزونات كخمسة قناطير من القطن أو منافع الاعيان التي يستحق المال في مقابلتها كما اذا أعطاها عربة لتركبها مدة معينة أو بيتاً لتؤجره وتأخذ الاجرة — ويصح أيضاً ان يكون المهر ديناً فلو تزوجها على عشرة دين له على فلان صحت التسمية لان الدين مال فان شاءت أخذته من الزوج وان شاءت ممن عليه الدين فظهر من هذا انه ليس الغرض عشرة دراهم بل هي أو ما يقوم مقامها بان تكون قيمته مساوية لها واختلف في

(مادة ٧٠) أقل المهر عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل مضروبة أو غير مضروبة ولا حد لأكثره بل للزوج ان يسمي لزوجته مهراً اكثر من ذلك على حسب ميسرته

وقت القيمة هل هو وقت العقد أو وقت القبض والظاهر الأول فلو كانت قيمته يوم العقد عشرة وصارت يوم التسليم ثمانية فليس لها غيره ولو كان على عكسه فلها العرض المسمى ودرهمان ولا فرق في ذلك بين الملبوس والمكيل والموزون لان ما جعل مهراً لم يتغير في نفسه وانما التغير فى رغبات الناس

ولو تزوجها على ثوب وقيمته يوم العقد عشرة فقبضته وقيمته عشرون وطلقها قبل الدخول والخلوة والثوب مستهلك ردت اليه عشرة لانه انما دخل فى ضمانها بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض فيعتبر يوم العقد فى حق التسمية ويوم القبض في حق دخوله في ضمانها — أنظر مادة (٧١)

وكل ما ليس مقوماً بمال فى ذاته أو فى حق المسلم لا يصح تسميته مهراً فالاول كالدم المسفوح ولحم الميتة التى ماتت حتف أنفها والثاني كالخمر والخنزير فان كلاً منهما ليس بمال فى حق المسلم وان كان مالا فى حق غيره فان سمى شيئاً مما ذكر فلا تؤثر تسميته على العقد بل هو صحيح والتسمية فاسدة فيجب على الزوج مهر المثل — أنظر مادة (٧٢)

ويصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله الى أجل سواء كان الاجل قريباً كعشرة أيام أو عشرين يوماً أو بعيداً كشهر وسنة أو اكثر وكما انه يصح تعجيل الكل وتأجيل الكل يجوز تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر على حسب اتفاق الزوجين ان كان هناك اتفاق على ذلك فان لم يكن يتبع عرف

(مادة ٧١) كل ما كان مقوماً بمال من العقارات والعروض والجوهرات والانعام والمكيلات والموزونات ومنافع الاعيان التي يستحق بمقابلها المال يصلح تسميته مهراً

(مادة ٧٢) كل ما ليس مقوماً بمال في ذاته او في حق المسلم لا يصلح تسميته مهراً وان سمي فالعقد صحيح والتسمية فاسدة

البلد الذي وقع فيه العقد لان بعض البلاد يعجل أهلها النصف ويؤجلون الباقي والبعض الثلثين والثلث وهكذا

فلا يلزم دفع المهر أو بعضه معجلاً قبل الدخول وبعضهم يقول لا بد من ذلك لان سيدنا علياً لما تزوج فاطمة بنت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وأراد أن يدخل منعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئاً فقال يارسول الله ليس لي شيء فقال أعطها درعك فاعطاها درعه ثم دخل بها

لكن المختار جواز الدخول قبل الدفع لما روى عن عائشة قالت أمرني رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئاً وحينئذ يحمل المنع المذكور على الندب أي يستحب تقديم شيء ادخالاً للمسرة عليها وتأليفاً لقلبها — أنظر مادة (٧٣)

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في وجوب المهر)

اعلم ان المهر يجب على الزوج للزوجة شرعاً بمجرد العقد الصحيح عليها سواء دخل بها أو لم يدخل وسواء اختلى بها خلوة صحيحة أو لم يختل وسواء سمى الزوج أو الولي مهراً عند العقد أو لم يسلم أو نفاه أصلاً ولكن هذا الوجوب ليس متأكداً لانه على شرف سقوط النصف أو الكل فيسقط نصفه بالفرقة التي أتت من قبله قبل الدخول وكله بالفرقة التي أتت من قبلها قبل الدخول ويتأكد هذا الوجوب بالدخول بها أو بالخلوة

(مادة ٧٣) يصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله الى أجل قريب أو بعيد وتعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر على حسب عرف أهل البلد

الصحيحة أو موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول كما ستعرفه ان شاء الله تعالى في الفصل الآتي ـ انظر مادة (٧٤)

والمهر الذى وجب بمجرد العقد يختلف على حسب الاحوال الآتية فان سمي الزوج عشرة دراهم أو أقل منها مهراً لامرأته وقت العقد وجبت لها العشرة بتمامها في الصورتين أما الاولى فبالاتفاق لانهما اتفقا على ما يصلح تسميته مهراً شرعاً وقد رضيت به فيجب وأما الثانية فخالف فيها زفر وقال يجب لها مهر المثل لان تسميته ما لا يصلح مهراً كانعدامها كما في تسميته الخمر والخنزير ووجه قول غير زفر ان فساد هذه التسمية لحق الشرع فقد صار مقضياً بالعشرة وأما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا عبرة بانعدام التسمية لانها قد رضيت بالتمليك من غير عوض تكرماً ولم ترض فيه بالعوض اليسير فلا يكون عدم التسمية دليلا على رضاها بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضا بها لا محالة . وان سمى أكثر منها وجب ما سمى بالغاً قدره ما بلغ اذ للزوج أن يسمي لزوجته ما شاء على حسب مقدرته ـ انظر مادة (٧٥)

فاذا لم يسم الزوج ان كان هو المباشر لعقد الزواج بان كان بالغاً عاقلاً أو وليه بان كان صغيراً أو ملحقاً به مهراً وقت العقد فالواجب بالعقد هو مهر

(مادة ٧٤) يجب للزوجة المهر شرعا بمجرد العقد الصحيح عليها سواء سمي الزوج أو الولي مهراً عند العقد أو لم يسم او نفاه اصلا

(مادة ٧٥) اذا سمى الزوج عشرة دراهم او دونها مهراً لامرأته وجبت لها العشرة بتمامها وان سمى اكثر منها وجب لها ما سمى بالغاً قدره ما بلغ

المثل ويجب أيضاً مهر المثل ان كان هناك تسمية ولكنها فاسدة سواء كان فساد التسمية آتيا من جهة كون المسمى ليس بمال أصلا كلحم الميتة التي ماتت حتف انفها أومن جهة كونه ليس بمال في حق المسلمين كالخمر والخنزير أومن جهة بجهالة نوعه وان كان مالا في حق الكل كبيت أو دار أو حيوان أو دابة أو ثوب ولم يبين نوعها لان الانواب اجناس شتى كالحيوان والدابة فليس البعض أولى من البعض بالارادة فصارت الجهالة فاحشة وكذا الحيوان تحته الفرس والحمار والجمل وغيرها وكذلك الدار فانها تختلف اختلافاً فاحشاً بالبلدان والمحال والسعة والضيق وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة اكثر من جهالة مهر المثل فمهر المثل أولى — ويجب مهر المثل ايضاً اذا نفى الزوج المهر أصلا بان تزوجها بشرط ان لا مهر لها وقال الشافعي لا يجب لها شيء واستدل بان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء . ولنا ان المهر حق الشرع من حيث الوجوب كما عرفت مما تقدم وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي لان الاصل ان يلاقي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه — ويجب أيضاً مهر المثل في الشغار فاذا زوج كل من الوليين موليته للآخر على أن يكون بضع كل منهما مهراً للاخرى صح العقد ووجب لكل منهما مهر مثلها بالعقد كما تقدم لك تفصيله في شرح مادة (١٥) — ويجب أيضاً مهر المثل في تعليم القرآن للامهار يعني اذا تزوج رجل امرأة وجعل مهرها أن يعلمها شيئاً من القرآن فالعقد صحيح والتسمية غير صحيحة وحينئذ يجب عليه مهر المثل وقال الشافعي التسمية صحيحة ويعلمها القدر المتفق عليه بينهما لان ما يصح أخذ العوض في مقابلته بالشرط يصح تسميته مهراً وهنا يصح أخذ الاجرة في مقابلة تعليم القرآن فيصح

تسميته مهراً وينبغي أن يكون مذهبنا مثل مذهبه لان المتأخرين افتوا بجواز اخذ الاجرة على تعليم القرآن والفقه فينبغي أن يصح تسميته مهراً لان ماجاز اخذ الاجر فى مقابلته من المنافع جاز تسميته صداقاً ولهـذا ذكر فى فتح القدير في هذا الموضع انه لما جوز الشافعي أخذ الاجر على تعليم القرآن صح تسميته صداقا فكذا نقول يلزم على المفتى به صحة تسميته صداقاً ولم أر من تعرض له والله الموفق ــ وهو حسن ووجيه ــ انظر مادة (٧٦)

ومهر المثل يعتبر بعشيرتها من قبيلة أبيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال بعضهم يعتبر بامها وقوم امها لان المهر قيمة لبضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء وليس بشيء وانما اعتبر بقوم الاب لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فيمن تزوجت بلا مهر لها مهر مثل نسائها وهن أقارب الاب لانه أضاف اليها وانما يضاف الى أقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ألا ترى ان الام قد تكون جارية والبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها ولا تمثل بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلة أبيها فان كانتا كذلك مثلت بهما بان يكون ابوها قد تزوج بنت عمه فان امها وخالتها تكونان من قبيلتها

ويعتبر فى مهر المثل ان تتساوى المرأتان وهي المقيسة والمقيس عليها وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وصلاحاً وعقلاً وعفة وبكارة وثيوبة

(مادة ٧٦) اذا لم يسم الزوج او وليه مهراً وقت العقد وجب عليه مهر المثل وكذا لو سمى تسمية فاسدة أو حيواناً مجهول النوع أو مكيلا أو موزوناً كذلك أو نفى المهر أصلا ويجب أيضاً مهر المثل في الشغار وفى تعليم القرآن للامهار

وعلماً وأدباً وعدم ولد لان المهر يختلف باختلاف هذه الاوصاف لاختلاف الرغبات فيها ويعتبر أيضاً حال الزوج بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها أي في المال والحسب وعدمها لان لهما مدخلا في غلو المهر ورخصه وكذا للجمال والعقل والتقوى والسن مدخل من جهة الزوج أيضاً فينبغي اعتبارها في حقه لان الشاب يتزوج بأرخص من الطاعن في السن وكذا التقي بأرخص من الفاسق فاذا لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها في هذه الاوصاف كلها أو بعضها ينظر الى امرأة تماثلها في هذه الاوصاف من قبيلة تماثل قبيلة أبيها في الشرف والرفعة ويفرض لها مهرها الذي تزوجت به لانه هو مهر مثلها

وعند ما يراد اثبات مهر مثل امرأة يشترط أخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول بان يقولا نشهد أن مهر مثلها مائة جنيه مثلاً لأن فلانة التي هي من قبيلة أبيها تساويها في الاوصاف المعتبرة من كذا وكذا وقد تزوجت بهذا المبلغ ولما كانت هذه الاوصاف قلما تتحد في امرأتين سواء كانت من قبيلة واحدة أو من قبيلتين فان اتفق الزوجان على أن مهر مثلها مائة جنيه مثلا فلا كلام لان الزوج قد رضي بدفع هذا المبلغ لها وهي رضيت بأخذه وان اختلفا فمن البديهي ان الزوجة لا بد وان تدعي الاكثر بان تدعي أن مهر مثلها مائتا جنيه والزوج يقول انه مائة وخمسون وحينئذ يكون القول للزوج بيمينه لانه ينكر الزيادة والقول لمن ينكرها فان حلف لزمه ما يدعيه فقط وان امتنع عن اليمين لزمه ما تدعيه هي وأيهما أقام البينة على ما يدعيه قبلت بينته

وهذا كله بالنسبة للحرة وأما في الجواري فانه ينظر الى مثل تلك الجارية

جمالاً وسيداً بكم تتزوج ويعتبر مهر مثلها بذلك - انظر مادة (٧٧)

وقد علمت مما تقدم ان المهر اما ان يسمى في العقد اولا فان سمي في العقد فاما ان تكون التسمية صحيحة اوغير صحيحة واذا لم يسم في العقد فاما ان يكون مسكوتاً عنه أومنفياً فان سمي وكانت التسمية صحيحة فهو الواجب وان سمي وكانت التسمية غير صحيحة لاى سبب من الاسباب المتقدمة اوكان مسكوتاً عنه أومنفياً في العقد وجب مهر المثل فالمهر على العموم يجب بمجرد العقد وينبني عليه أنه اذا تزوجت امرأة بلا مهر وتسمى المفوضة بكسر الواو لانها فوضت نفسها الى الزوج بلا مهر وجب لها مهر المثل في هذه الحالة لان المهر في الابتداء ليس خالص حقها بل فيه حق الله تعالى الى العشرة وفيه حق الاولياء الى مهر المثل وفيه حقها ابتداء وبقاء فليس لها أن تسقطه

ويترتب على ذلك ان لها ان تطلب من الزوج فرض مهر لها ولو قبل الدخول ومتى طلبت منه ذلك يجب عليه ان يفرض لها فان قام بهذا الواجب واتفق معها على شيء فبها ولو كان أقل من مهر المثل الا اذا كان هناك ولى عصبة فله حق الاعتراض في هذه الحالة كما عرفته مما تقدم وان امتنع فلها أن

(مادة ٧٧) مهر المثل للحرة هو مهر امرأة تماثلها من قوم ابيها كأختها أو عمتها او بنت عمها او عمتها ولا تمثل بامها اوخالتها اذ لم تكونا من قوم ابيها وتعتبر المماثلة وقت العقد سناً وجمالا ومالا وبلداً وعصراً وعقلا وصلاحا وعفة وبكارة وثيوبة وعلما وادباً وعدم ولد ويعتبر ايضاً حال الزوج فان لم يوجد من يماثلها من قبيلة ابيها في هذه الاوصاف كلها او بعضها فمن قبيلة اخرى تماثل قبيلة ابيها ويشترط في ثبوت مهر المثل اخبار رجلين عدلين او رجل وامرأتين عدول ولفظ الشهادة فان لم يوجد ذلك فالقول للزوج بيمينه

ترفع أمرها الى الحاكم لأن ولايته عامة ونصب ناظراً لشؤون الناس والحاكم يحضره ويأمره بفرض شيء لها فان امتثل ورضيت بما فرضه فبها وان لم يمتثل ناب منابه وفرض لها مهر مثلها بالطريقة التي عرفتها مما تقدم وحينئذ يلزم الزوج بما فرض لها في هذه الحالة سواء كان المفروض بالتراضي أو بقضاء القاضي ـ انظر مادة (٧٨)

فان سمي المهر في العقد وكانت التسمية صحيحة يلزم الزوج بدفع المسمى فقط الا اذا حصلت زياده على المهر بعد العقد بان سمي مائة جنيه وزيد بعد العقد خمسون فانه يطالب بالمسمى والزيادة أي بمائة وخمسين ـ ولا يملك هذه الزيادة كل من ولى العقد وانما يملكها الزوج ان كان بالغاً عاقلاً لانه والحالة هذه تكون له الولاية على ماله فله ان يتصرف بما أراد فان كان صغيراً او ملحقاً به ملكها الأب والجد فقط لان كلا منهما لوفور شفقته يكون ناظراً لمصلحة تربو على هذه الزيادة فلا يملك غير الزوج والأب والجد هذه الزيادة ولو كان القاضي أو الام وانما جازت الزيادة لقوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) ولان ما بعد العقد زمن لفرض المهر ولهذا جاز فرضه فيه اذا لم يفرض عند العقد فكانت حالة الزياده كحالة العقد فتستند الى حالة العقد

ويشترط في صحتها ثلاثة شروط الأول معرفة قدرها فلو قال زدتك في

(مادة ٧٨) المفوضة التي زوجت بلا مهر اذا طلبت من الزوج ان يفرض لها مهراً بعد العقد وقبل الدخول فلها ذلك ويجب عليه ان يفرض لها فاذا امتنع ورفعت المرأة امرها الى الحاكم يأمره بالفرض فان لم يفعل ناب منابه وفرض لها مهر مثلها بالنظر الى من يماثلها من قوم أبيها بناء على شهادة الشهود ويلزم الزوج ما فرض لها سواء كان بالتراضي او بأمر القاضي

مهرك ولم يعين الزيادة لم تصح الزيادة للجهالة ـ الثاني قبول الزوجة ان كانت مكلفة او قبول وليها ان كانت قاصرة الزيادة في المجلس الذي حصلت فيه لاشتراط اتحاد مجلس الايجاب والقبول ـ الثالث بقاء الزوجية بان حصلت الزيادة وعقد الزواج باق بان لم يقع منه طلاق أصلا اووقع منه طلاق رجعي ولكن العدة لم تنقض فان انقضت العدة في الطلاق الرجعي أوحصلت الزيادة بعد الطلاق البائن وان لم تنقض العدة فلا تصح لان عقد الزوجية قد انتهى ومن باب اولى ما اذا حصلت الزيادة بعد موت الزوجة فقبلت الورثة فانه لا يصح لانتهاء عقد الزوجية بالموت وتصح الزيادة على المهر ولو كانت بعد هبته أو الابراء منه سواء كانت من جنس المهر أومن غير جنسه

ومن فروع الزيادة على المهر ما لو راجع المطلقة رجعيا على ألف فان قبلت لزمت والافلا ـ ومن فروعها أيضاً أنها لو وهبت مهرها لزوجها ثم ان الزوج أشهد أن لها عليه كذا من مهرها فان قبلت جاز ووجهه انه يجب تصحيح التصرف ما أمكن وقد امكن بان يجعل كأنه زاد على المهر ـ انظر مادة (٧٩)

وكما يجوز للزوج الزيادة في المهر للزوجة كذلك يجوز للزوجة أن تحط كل المهر أو بعضه عن زوجها ان كان من النقدين بأن تقول له ابرأتك من كل المهر أومن نصفه لان المهر حالة البقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء والحط في اللغة الاسقاط فيصح سواء قبل الزوج أوسكت لأن الاسقاط لا يحتاج فيه الى القبول بل ينفرد به المسقط بخلاف الزيادة فانه لا بد من قبولها في المجلس

(مادة ٧٩) يجوز للزوج او ابيه أوجده الزيادة في المهر بعد العقد وتلزمه الزيادة بشرط معرفة قدرها وقبول الزوجة او وليها في المجلس وبقاء الزوجية

ولكن الاسقاط يرتد برد المسقط عنه كهبة الدين للمدين ويشترط في صحة هذا الحط شروط الاول أن تكون بالغة لانها والحالة هذه تكون لها الولاية في مالها فلها أن تتصرف بما شاءت فلو كانت صغيرة فليس لها ذلك لعدم ولايتها على مالها وليس لاحد من الاولياء ذلك أيضاً ولو كان أباً أو جداً لان تصرف كل منهما في مال الصغيرة مقيد بالمصلحة ولا مصلحة في ترك شيء من مال الصغيرة بعد ثبوته بالعقد (تأمل) وكذا لو كانت كبيرة لانها هي ولية مالها لا الأب والجد فاذا حط كل منهما شيئاً من مهرها فان كان باذنها صح لأنه وكيل وان كان بغير اذنها توقف على اجازتها فان أجازته نفذ وان ردته بطل ـ الشرط الثاني أن تكون راضية مختارة حتى لو كانت مكرهة لم يصح فلو خوفها بالضرب حتى وهبت له مهرها لم تصح هذه الهبة ـ الثالث ان تكون في حال صحتها فلو كانت مريضة مرض الموت فلا يصح ابراؤها زوجها من المهر ولا شيء منه الا اذا أجاز هذا الابراء بقية الورثة لان جميع التصرفات الانشائية في مرض الموت وصية ولا تنفذ الوصية لوارث ولو كانت بأقل من الثلث الا اذا أجازها بقية الورثة ـ الشرط الرابع أن يكون المهر من النقدين فلو كان من الاعيان لم يصح لان الحط لا يصح في الاعيان ومعنى عدم صحته فيها انه لا يفيد التمليك ولكنه يكون وديعة عند الزوج فاذا أبرأته من المهر وكان حصاناً مثلاً فلها أن تطالبه به ما دام موجوداً في يده فان هلك بدون تعديه فلا يضمن لها شيئاً وان استهلكه هو ضمن قيمته ـ انظر مادة (٨٠)

(مادة ٨٠) كما يجوز للزوج الزيادة في المهر يجوز للمرأة البالغة أن تحط برضاها في حال صحتها كل المهر أو بعضه عن زوجها ان كان من النقدين ولا يجوز لها حط شيء —

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في الاسباب التي تؤكد وجوب المهر بتمامه للمرأة والاحوال التي يجب لها فيها ﴾
﴿ نصف المهر والتي لا تستحق فيها شيئاً منه ﴾

اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد على شرف السقوط كلا أو بعضاً وانما يتأكد هذا الوجوب ويلزم كل المهر بأحد امور ثلاثة

الاول الوطء سواء كان في نكاح صحيح أوفاسد أوبشبهة فمتى حصل الوطء وجب كل المهر ولا يبالى بما اذا كان هذا الوطء حصل بعد عقد صحيح او فاسد اولم يحصل بعد عقد اصلا كالوطء بشبهة فاذا زفت امرأة الى رجل وقيل له هي زوجتك فدخل بها وتبين بعد ذلك انها غير زوجته ففرق بينهما وجب عليه المهر — الثاني الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح فلا يتأكد لزوم كل المهر الا اذا كانت الخلوة صحيحة وكان النكاح صحيحاً فلو كانت الخلوة غير صحيحة ولو كان العقد صحيحاً او كانت الخلوة صحيحة ولكن العقد غير صحيح لم يتأكد لزوم كل المهر ومن باب اولى ما اذا كان كل من الخلوة والعقد غير صحيح فان المهر لا يتأكد لزومه — الثالث موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة فاذا تزوج رجل امرأة ولم يدخل بها ولم يختل بها خلوة صحيحة ومات أحدهما استحقت المرأة جميع المهر فاذا مات هو اخذت كل المهر من تركته وان ماتت هي أخذ ورثتها المهر من الزوج بعد اسقاط نصيبه

من الاعيان وليس لأبي الصغيرة ان يحط شيئاً من مهرها ولا من مهر بنته الكبيرة الا برضاها

منه لانه وارث

والمهر المتأكد بأحد هذه الامور الثلاثة يختلف باختلاف الاحوال وبيانه ان المهر ان كان مسمى في العقد وكانت التسمية صحيحة والعقد صحيح فهو الواجب وان حصلت زيادة على المهر وكانت مستوفية للشروط المتقدمة في شرح مادة (٧٩) وجبت مع المسمى فان لم يسم المهر في العقد وفرض بعده فالواجب هذا المفروض سواء كان فرضه بتراضي الزوجين أو بقضاء القاضي

ويتأكد مهر المثل كله في ثلاثة أحوال الحالة الاولى اذا كان النكاح فاسداً وحصل الدخول بالفعل ولم يسم المهر أو كانت التسمية غير صحيحة فان كانت صحيحة وجب أقل الشيئين وهما المسمى ومهر المثل الثانية عند حصول وطء بشبهة ـ الثالثة اذا كانت التسمية غير صحيحة

ومتى حصل واحد من الامور الثلاثة التي تؤكد لزوم المهر بتمامه فلا يسقط منه شيء ولو حصلت الفرقة من جهة الزوجة (كما اذا كانت صغيرة زوجها غير الاب والجد ودخل بها الزوج واختارت نفسها عند البلوغ) الا اذا ابرأته الزوجة منه فانه يسقط لان المهر في حالة البقاء حقها كما تقدم فلها ان تتنازل عنه بالشروط المتقدمة في المادة التي قبل هذه ـ وانما تأكد كل المهر بحصول واحد من هذه الامور الثلاثة لان الدخول يتحقق به تسليم المبدل وهو منافع البضع وبتسليم المبدل يتأكد البدل وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب الثمن فان وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكداً لكونه على عرضية ان يهلك المبيع في يد البائع فينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية ان يسقط

بحصول الفرقة من جهتها وبالدخول تأكد ـ هذا بالنسبة للدخول وأما الموت فلان الزواج ينتهي به حيث لم يبق قابلا للرفع والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه التي يمكن تقريرها لوجود ما يقتضي ذلك وليس هناك ما يمنع منه وتلك المواجب هي الارث والعدة والمهر والنسب. وروى علقمة ان ابن مسعود رضي الله تعالى عنه سئل عن رجل تزوج المرأة ولم يفرض ولم يمس حتى مات فرددهم ثم قال أقول فيها رأيي فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمني ومن الشيطان أرى لها مهر امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام ناس من أشجع فيهم الجراح وأبو سنان فقالوا يا ابن مسعود نحن نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاها فينا في بروع بنت واشق وان زوجها هلال ابن مرة الاشجعي كما قضيت ففرح ابن مسعود فرحا شديدا حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ وأما الخلوة الصحيحة فانها تؤكد لزوم المهر عندنا مثل موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول وقال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يتأكد لزوم كل المهر الا بالدخول الحقيقي لان المعقود عليه وهو منافع البضع انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر بدونه لان التأكد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمه بالوطء ولم يوجد ونحن نوافق على أنه لا يجب البدل الا بعد تسليم المبدل ولكن نقول ان التسليم وجد منها. وبيانه أن الواجب لا يكون الا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها في البدل كما في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب على المشتري به تسليم الثمن وأما ما قاله من أن المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكنه تسليم ليس في قدرة المرأة فلا تكون مكلفة به وقال

تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض) فانه أوجب جميع المهر بعد الافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول فى الفضاء وقال عليه الصلاة والسلام «من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل أولم يدخل» - انظر مادة (٨١)

والخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الوطء وتؤكد لزوم المهر بتمامه هي أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بلا اذنهما وان يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسى أوطبيعى أو شرعى

فالشرط فى الخلوة أن تكون بلامانع من الوطء لانه لايتمكن من الوطء مع المانع والخلوة انما جعلت كالدخول للتمكن منه ومع المانع لا يتمكن فلا تكون صحيحة والموانع ثلاثة أنواع حسى كالمرض وطبيعى كوجود ثالث وشرعي كحيض وصوم فرض فتى كان أحدهما مريضاً مرضاً يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر فلا تصح الخلوة وقيل هذا التفصيل في مرضها وأما مرضه فمانع من صحتها مطلقاً لانه لا يخلو عن تكسر وفتور عادة وهو الصحيح والحيض مانع طبعاً وشرعاً وكذا النفاس. والاحرام بالحج فرضاً أونفلاً مانع شرعاً لما يلزمه بالجماع من الدم والقضاء لفساد الاحرام. وصوم رمضان مانع

(مادة ٨١) بالوطء في نكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة وبالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح وبموت أحد الزوجين ولو قبل الدخول يتأكد لزوم كل المهر المسمى والزيادة التي زيدت فيه بعد العقد في النكاح الصحيح وكل مهر المثل في الفاسد والوطء بشبهة وعدم صحة التسمية وما فرض للمفوضة بعد العقد بالتراضى أو بفرض القاضى ولا يسقط المهر بعد تأكد لزومه باحد هذه المعانى الثلاثة ولو كانت الفرقة من قبل الزوجة ما لم تبرئه

بالاتفاق لما يلزمها بالجماع من القضاء والكفارة وأما صوم التطوع والمنذور والكفارات والقضاء فالصحيح انه لا يمنع صحة الخلوة لعدم وجوب الكفارة بالإفساد. والصلاة كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله — ومن الموانع من صحة الخلوة أن تكون الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع أو يكون الزوج صغيراً لا يقدر على الجماع — ومن الموانع وجود ثالث معهما سواء كان الثالث بصيراً أو اعمى يقظان أو نائماً بالغاً أو صبياً يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ أو يتناوم وان كان صغيراً لا يعقل أو مجنوناً أو مغمى عليه فلا يمنع صحة الخلوة . وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان

ومتى كان العقد صحيحاً وجبت بالخلوة العدة على المرأة سواء كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة احتياطاً واستحساناً لتوهم الشغل . ولكل من الشرع والولد حق في العدة فلا يصدق الزوجان في نفيها باقرار كل منهما انه لم يحصل وطء والدليل على أن للشرع حقاً فيها أن الزوجين لا يملكان اسقاطها والدليل على أن الولد له حق فيها قوله عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره » والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه بخلاف المهر فانه لا يجب الا بالخلوة الصحيحة لانه مال لا يحتاط في ايجابه — وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعياً كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت التمكن من الوطء حقيقة وان كان حقيقياً كالمرض والصغر فلا تجب العدة لانعدام التمكن حقيقة وهو واضح — انظر مادة (٨٢)

(مادة ٨٢) الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الوطء وتؤكد لزوم كل المهر هي أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بغير اذنهما وأن يكون الزوج —

والخلوة الصحيحة ليست كالوطء فى جميع الاحكام بل فى البعض فمن الاحكام التي اقاموها فيها مقام الوطء تأكد لزوم كل المهر ولو كان الزوج عنيناً بالاتفاق فلو كان مجبوباً فقال أبو حنيفة يجب كمال المهر ايضاً وقال الصاحبان لا يتأكد كل المهر بخلوته لأنه أعجز من المريض بوجود آلة الجماع فى المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع من صحة الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجوداً سبب للوطء اذ الاصل السلامة في الوصف أيضاً فيدار الحكم عليه - ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم فى حق السحق لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها وأما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها الماعرف في الخلوة

ومن المسائل التي أقاموا الخلوة الصحيحة فيها مقام الوطء ثبوت النسب فاذا أتت بولد بعد الخلوة الصحيحة ثبت نسبه من الزوج كما اذا أتت به بعد الدخول الحقيقي - ومنها النفقة الشاملة للسكنى فاذا طلق رجل امرأته بعد الخلوة الصحيحة وجبت عليه نفقتها مادامت فى العدة كما اذا طلقها بعد الدخول الحقيقي - ومنها حرمة نكاح أخت الزوجة فى العدة فاذا تزوج رجل امرأة واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها يحرم عليه ما دامت في العدة أن يتزوج أختها ومثل اختها غيرها من محارمها كما تقدم لك فى أسباب تحريم المرأة على الرجل كما اذا كان هذا الطلاق بعد الدخول الحقيقي - ومنها حرمة تزوج أربع غير مطلقته فى عدة الخلوة فاذا تزوج رجل امرأة واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها فلا يجوز له ما دامت في عدة الخلوة ان يتزوج بأربع سواها كما اذا

بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسي او طبيعي او شرعي.

كانت في العدة من الدخول الحقيقي

وبالتأمل نرى أنه لا لزوم الى ذكر كل هذه المسائل وجعلها من قيام الخلوة الصحيحة مقام الوطء لان ثبوت النسب ليس من أحكام الخلوة القائمة مقام الوطء لانها من أحكام العقد ألا ترى أن النسب يترتب على العقد سواء حصل دخول أم لا وسواء حصلت خلوة ام لا ـ ولان كلا من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وأربع سواها فى العدة ليس من أحكام الخلوة الصحيحة القائمة مقام الوطء بل هي من أحكام العدة فذكر العدة يغني عن كل هذه المسائل ولذلك قال بعضهم ان الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيق الا فى حق تكميل المهر ووجوب العدة ولم تقم مقامه فى بقية الاحكام وهذا هو التحقيق

ولا تكون الخلوة الصحيحة مثل الوطء فى مسائل منها الاحصان فلو زنى رجل بامرأة بعد الخلوة بزوجته لا يرجم لفقد شرط الاحصان وهو الوطء بخلاف ما اذا دخل بزوجته دخولاً حقيقياً ثم زنى بامرأة فانه يرجم والمرأة مثل الرجل فيما ذكر ومحل ذلك ان تصادقا على عدم الدخول الحقيقى فان أقرا به لزمهما حكم الاحصان وان أقر به أحدهم صدق فى حق نفسه دون صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه الى غيره

ومنها حرمة البنات أي لم يقيموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حرمة البنات فلو خلا بزوجته بدون وطء ولا مس بشهوة لم تحرم عليه بناتها بخلاف الوطء

ومنها حل المطلقة ثلاثاً للزوج الأول فاذا تزوجت بغيره واختلى بها خلوة صحيحة فلا تحل للاول واذا دخل بها دخولاً حقيقياً حلت له

ومنها الرجعة يعني أنه لو طلق رجل امرأته طلاقاً رجعياً واختلى بها

العدة لم تكن هذه الخلوة رجعة مع ان الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل ولكن لو وطئها في العدة يصير مراجعاً أو تقول ان الرجل لو اختلى بزوجته خلوة صحيحة ثم طلقها لم تثبت له الرجعة عليها مع انه لو دخل بها دخولاً حقيقياً وطلقها طلاقاً رجعياً ثبتت له الرجعة ما دامت في العدة فلم يقيموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في الرجعة

ومنها الميراث فاذا طلقها طلاقاً رجعياً بعد ما اختلى بها ومات أحدهما وهي في عدة الخلوة فلا يرثه الآخر ولكن لو دخل بها دخولاً حقيقياً وطلقها رجعياً ومات أحدهما في عدة الدخول الحقيقي ورثه الآخر وهذا ليس متفقاً عليه إذ هناك رأي يقول بالميراث في عدة الخلوة – أنظر مادة (٨٣)

فقد علمت مما تقدم انه يتأكد لزوم كل المهر بالوطء وبالخلوة الصحيحة وبموت أحد الزوجين فاذا طلق الزوج امرأته قبل واحد من المذكورات فلا يجب عليه كل المهر وانما الواجب النصف ان كان قد سمي لها مهراً وقت العقد وكانت التسمية صحيحة لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وإنما وجب النصف لان معنا قياسين متعارضين أحدهما يقتضي ثبوت كل

(مادة ٨٣) حكم الخلوة الصحيحة كحكم الوطء في تأكد لزوم المهر كله في النكاح الصحيح ولو كان الزوج عنيناً وفي ثبوت النسب والنفقة والسكنى وحرمة نكاح أخت الزوجة واربع سواها في عدتها ولا تكون الخلوة الصحية كالوطء في الاحصان وحرمة البنات وحل المرأة للزوج الاول والرجعة والميراث من الزوج اذ مات والمرأة في عدة الخلوة

المهر والآخر يقتضي عدم ثبوت شيء منه فانا لو نظرنا الى المعقود عليه عاد لها سالماً أسقطنا كل البدل ولو نظرنا إلى ان الزوج فوت ما ملكه باختياره أوجبنا كل المهر فوجب النصف لتعارض الاقيسة فاذا تزوج رجل امرأة بمهر معلوم فانها تستحقه بمجرد العقد كما عرفته أول الفصل المتقدم وان كان هذا الاستحقاق غير متأكد إذ بالطلاق قبل الدخول يتنصف هذا المسمى فكل من الزوجين يستحق النصف وهذا لا كلام فيه وانما الكلام في انه هل يعود النصف إلى ملك الزوج بمجرد الطلاق أو يتوقف عوده إلى ملكه على قضاء القاضي له بالنصف أو تراضي الزوجين على ذلك وان كانت حصلت زيادة فى المهر فهل تكون للزوجة وحدها أو للزوج وحده أو تتنصف بينهما يلزمنا قبل الجواب أن نعرف أولاً أنواع الزيادة وما إذا كان المهر مقبوضاً للزوجة أو غير مقبوض لأن الحكم يختلف باختلاف هذه الأحوال فلا يمكن الجواب إلا بعد التفصيل ـ فالزيادة أربعة أنواع الاول زيادة متصلة متولدة من الاصل كسمن الجارية وجمالها والثمر قبل قطعه ـ الثانى زيادة متصلة غير متولدة كصبغ الثوب والبناء والزرع فى الارض ـ الثالث زيادة منفصلة متولدة كالثمر بعد قطعه وكالولد كما إذا كان المهر بقرة مثلاً فولدت فولدها زيادة منفصلة متولدة من الاصل ـ الرابع زيادة منفصلة غير متولدة من الاصل وهي بدل المنافع كالكسب والغلة والموهوب للمهر وكل من هذه الأقسام اما ان يحصل والمهر غير مقبوض بأن كان فى يد الزوج أو يحصل وهو مقبوض بأن كان فى يد الزوجة

فان كان المهر غير مقبوض بأن لم يكن سلمه إليها عاد النصف الذي

يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول إلى ملكه بمجرد الطلاق ولا يتوقف عوده إلى ملكه على القضاء أو الرضا لان الزوجة وان استحقت المهر بمجرد العقد إلا أن هذا الاستحقاق ليس متأكداً وهو على شرف السقوط كلا أو بعضاً ولم يتصل بهذا الاستحقاق ما يؤكده من قبل الزوج وهو تسليمه لها فيعود إلى ملكه ما تبين انه مستحق له بمجرد الطلاق ـ وان كانت حصلت زيادة في المهر في هذه الحالة فان كانت (١) متولدة من الاصل سواء كانت متصلة أو منفصلة تتنصف بين الزوجين لانها نماء ملكهما فكل يأخذ منها بقدر استحقاقه في الاصل وهو النصف سواء كان حصول هذه الزيادة قبل الطلاق أو بعده وان كانت (٢) منفصلة غير متولدة من الاصل بأن لم تكن بدلا عن جزء من الشيء نفسه بل كانت بدل منافعه كالكسب والغلة فقال أبو حنيفة انها للمرأة وليست بمهر وقال الصاحبان تتنصف مع الاصل وهذا هو الظاهر لانها نماء ملكهما أيضاً

وعلى هذا الخلاف كسبُ المبيع قبل القبض فعند ابي حنيفة هو للمشترى وعندهما يتنصف ـ وان كانت (٣) متصلة غير متولدة من الاصل مثل الصبغ والبناء مثلاً فلا تتنصف بالاتفاق وهي للزوج في هذه الحالة لان الموضوع أن المهر باق في يده لم يسلمه للزوجة فالظاهر انه هو الذى أوجدها فهي له

وان كان المهر مقبوضاً بأن كان قد سلم المهر كله اليها فلا يعود النصف الى ملكه بمجرد الطلاق بل يتوقف عوده الى ملكه على قضاء القاضي له بالنصف أو تراضي الزوجين على ذلك لان المهر يجب للزوجة بالعقد فهي تملكه به وهذا الملك وان لم يكن متأكداً إلا انه قد تقوّي نوعاً بالقبض الحاصل بتسليم الزوج لها المهر

ولكن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض كما في البيع الفاسد فاولى أن لا يمنع بقاءه فلم يزل في ملكها الى ان يقضي القاضي له بالنصف أو ترضى بذلك

ويترتب على كون النصف لا يعود إلى ملكه إلا بالقضاء أو الرضا ان الزوج لو تصرف في النصف قبل ذلك بأي تصرف كان لم يكن تصرفه نافذاً بل يكون موقوفاً على اجازة الزوجة . فان أجازته نفذ وان ردته بطل وان الزوجة لو تصرفت في المهر قبل حصول أحدهما بجميع التصرفات الشرعية نفذ تصرفها لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء أو الرضا واذا نفذ تصرفها وقضى للزوج بالنصف أو حصل التراضي على ذلك يلزمها أن تعطى الزوج نصف قيمته يوم قبضه لانه تعذر ردّ النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمته للزوج وانما اعتبرت القيمة يوم القبض لا يوم العقد لانه لم يصر مضموناً عليها إلا بالقبض - وان كانت حصلت زيادة في المهر في هذه الحالة وهي حصولها بعد التسليم فاما ان يكون حصولها قبل الطلاق أو بعده فان كانت بعده فاما ان يكون قبل القضاء أو الرضا له بالنصف أو بعد أحدهما

فان كان حصولها قبل الطلاق أو بعده ولكن قبل القضاء أو الرضا بنصفه للزوج كانت الزيادة كلها للزوجة سواء كانت متصلة أومتفصلة وسواء كانت متولدة أو غير متولدة لان الكل نماء ملكها إلا الزيادة المتصلة الغير المتولدة فانها وان لم تكن نماء ملكها لكن الظاهر انها هي التي أوجدتها إذ الموضوع ان المهر في يدها وحينئذ يلزمها أن تعطى للزوج نصف قيمة المهر يوم قبضه كما تقدم - وان كان حصولها بعد الطلاق وبعد القضاء أو الرضا تتنصف

بينهما لانها نماء ملكها إلا المتصلة الغير المتولدة فهي لها لان الظاهر انها هي التي أوجدتها اذ المهر مقبوض في يدها

والذى يتنصف بالطلاق قبل الدخول هو المهر المسمى فى العقد للآية المتقدمة وحينئذ لا تتنصف الزيادة التي زيدت بعد العقد على المهر المسمى فى العقد بل تسقط بالطلاق قبل الدخول فصار حاصل وجوه الزيادة ثمانية لانه اما أن تكون متصلة متولدة أو غير متولدة أو منفصلة متولدة أو غير متولدة وكل منها اما ان يكون فى يده أو فى يدها كذا قالوا ولكن بالتأمل نرى ان الاقسام تزيد على ذلك لان المهر ان كان فى يدها فاما أن تكون الزيادة حصلت قبل الطلاق أو بعده وان كانت بعده فاما أن تكون قبل القضاء أو الرضا أو بعد واحد منهما وقد علمت أحكام الكل — انظر مادة (٨٤)

وليس الطلاق شرطاً في تنصيف المهر قبل الوطء حقيقة أو حكماً بل كل

(مادة ٨٤) اذا طلق الزوج امرأته قبل الوطء والخلوة الصحيحة من نكاح صحيح وكان قد سمي لها مهراً وقت العقد فلا يجب عليه الا نصفه وان لم يكن سلمه اليها عاد النصف الآخر الى ملكه بالطلاق مجردا عن القضاء او الرضا وان كانت حصلت زيادة في المهر قبل قبضه وكانت متولدة من الاصل تتنصف بين الزوجين سواء كان حصولها قبل الطلاق او بعده فان كان قد سلم المهر كله اليها فلا يعود النصف الى ملكه بالطلاق بل يتوقف عوده الى ملكه على الرضا او القضاء فلا ينفذ تصرفه فيه قبلهما وينفذ تصرفها في الكل قبل ذلك بجميع التصرفات الشرعية واذا تراضيا على النصف او قضى للزوج به وكانت قد حصلت زيادة في المهر قبل الطلاق او بعده وقبل القضاء بنصفه للزوج فلا يلزمها الا نصف قيمة الاصل يوم قبضه والزيادة التي زيدت فيه متصلة كانت او منفصلة متولدة او غير متولدة تكون لها خاصة ولا يتنصف ما زيد بعد العقد على المهر المسمي بل يسقط بالطلاق قبل الدخول

فرقة أتت من قبل الزوج قبل الدخول يترتب عليها تنصيف المهر سواء كانت الفرقة طلاقاً أو فسخاً والفرق بينهما أن الفرقة التي هي طلاق تنقص عدد الطلاق والفرقة التي هي فسخ لا تنقص عدده وحينئذ تشمل هذه الفرقة الفرق الآتية

أولا - الفرقة بالطلاق بان يقول الرجل لزوجته قبل أن يدخل بها أنت طالق أو أنت بائن

ثانيا - الفرقة بالايلاء وهو في اللغة الحلف وفي اصطلاح الفقهاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر أو أكثر فاذا تزوج رجل امرأة وقبل أن يدخل بها قال لها والله لا اقربك أربعة أشهر فان قربها في المدة يلزمه ماحلف به ففي هذا المثال تقع عليه اليمين بالله وتلزمه كفارة اليمين وان مضت المدة ولم يقربها طلقت منه طلاقاً بائناً فان كان لها مهر مسمى في العقد وجب عليه نصفه لها وهذه الفرقة طلاق فاذا تزوجها بعد ذلك ملك عليها طلقتين لا ثلاثاً

ثالثاً - الفرقة باللعان وهو في اللغة مصدر لاعن كقاتل من اللعن وهو الطرد والابعاد وفي الشرع هو شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة شهادة الزوج باللعن وشهادتها بالغضب قائمة شهاداته مقام حد القذف في حقه وشهاداتها مقام حد الزنا في حقها فاذا تزوج رجل امرأة وقبل ان يدخل بها رماها بصريح الزنا ورفعت الامر الى القاضي فان القاضي يحضره فان أثبت دعواه بالبينة حدت الزوجة حد الزنا وان عجز لاعن بان يقول أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا اربع مرات ويقول في الخامسة عليه لعنة الله ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا وبعد لعانه تلاعن هي بان تقول أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا اربع مرات وفي

الخامسة تقول عليها غضب الله ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا وانما اختير الغضب فى حقهن لأنهن يكثرن اللعن فكان الغضب أردع لهن - ومتى حصلت الملاعنة فرق القاضى بينهما وهذه الفرقة طلاق لا فسخ فاذا تزوجها بعد ذلك ملك عليها طلقتين لا ثلاثا وسيأتى لك تفصيل هذا المقام في مادة (٣٢٤) وما بعدها

رابعاً - الفرقة بالعنة فاذا تزوج رجل امرأة ووجدته عنينا ورفعت أمرها الى الحاكم وأجله سنة ولم يصل اليها في هذه المدة وعادت إلى القاضى وثبت لديه ذلك فرق بينهما وهذه الفرقة طلاق أيضاً وهي آتية من قبله فاذا كانت قبل الدخول تنصف المسمى (تأمل)

خامساً - الفرقة بالردة وهى الخروج عن الاسلام والعياذ بالله تعالى فاذا ارتد الزوج قبل ان يدخل بزوجته انفسخ عقد الزواج وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق وقد أتت من قبله فاذا كانت قبل الدخول وكان لها مهر مسمى فى العقد وجب عليه نصفه

سادساً - الفرقة بأباء الزوج الاسلام فاذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلمت الزوجة قبل الدخول يعرض الاسلام على الزوج فان أسلم فبها وان امتنع فرق القاضى بينهما لان غير المسلم لا يجوز له أن يتزوج مسلمة فهذه فرقة أتت من قبله قبل الدخول فينتصف المسمى في العقد

سابعاً - الفرقة بفعله بأصول الزوجة وفروعها ما يوجب حرمة المصاهرة فاذا زنى بأم امرأته قبل ان يدخل بها أو قبلها بشهوة أو فعل ببنتها ذلك حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة كما عرفته فى مادة (٢٤) فيجب عليه نصف

المسمى في العقد لأنها فرقة أتت من قبله قبل الدخول فهذه هي الاحوال التي يجب فيها نصف المهر للزوجة

وأما الأحوال التي يسقط فيها المهر بتمامه فتنحصر في كل فرقة أتت من قبل الزوجة قبل الدخول فتشمل الفُرَق الآتية

أولاً - الفرقة بارتدادها فان ارتاد أحد الزوجين فسخ في الحال وقد عرفت الردة مما تقدم

ثانياً - الفرقة بامتناعها عن الاسلام إذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية فاذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلم الزوج فان كانت زوجته كتابية لا يعرض عليها الاسلام بل الزوجية باقية لان المسلم له أن يتزوج كتابية ابتداء فبقاءً من باب أولى وان كانت غير كتابية عرض عليها الاسلام فان اسلمت أو دخلت في دين سماوى بقيت الزوجية وإلا فرق القاضى بينهما ولا يجب لها شيء

ثالثاً - الفرقة بفعلها بأصوله وفروعه ما يوجب حرمة المصاهرة فاذا طاوعت الزوجة قبل الدخول أبا الزوج أو ابنه فزنى بها أو قبلها بشهوة حرمت على زوجها حرمة مؤبدة كما عرفته في مادة (٢٤) فلا يجب لها شيء من المسمى لان هذه فرقت أتت من قبلها قبل الدخول

رابعاً - الفرقة بخيار البلوغ فاذا بلغت الصغيرة التي زوجها غير الاب والجد بزوج كفء وبمهر المثل واختارت نفسها وفسخت العقد عند البلوغ قبل الدخول حقيقة أو حكماً فهذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول فتسقط جميع المهر . فان كانت المرأة لم تقبض المهر فلا يلزم الزوج اعطاؤها شيئاً فاذ قبضت

منه شيئاً يلزمها رده إلى الزوج ـ انظر مادتي (٨٥و٨٦)

وقد علمت مما تقدم ان الذي يتنصف بالفرقة قبل الدخول هو المهر المسمي في العقد لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وحينئذ فلا يتنصف مهر المثل لانه انما وجب عند عدم التسمية في العقد أو عند فسادها فلا يكون هناك شيء مفروض في العقد فوجب مهر المثل فلا يتنصف . ومثل مهر المثل في عدم التنصيف ما فرض للمفوضة بعد العقد سواء كان فرضه بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين وقال الشافعي رحمه الله تعالى مافرض بعد العقد يتنصف لقوله تعالى فنصف مافرضتم ولنا أن هذا المفروض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وهو لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بقوله تعالى فنصف ما فرضتم المفروض في العقد لانه هو المتعارف — والظاهر مذهب الشافعي

فاذا حصلت الفرقة بين الزوجين في الاحوال التي وجب فيها مهر المثل أو المهر المفروض بعد العقد فان كانت بموت أحدهما أو بعد الوطء أو الخلوة

(مادة ٨٥) الفرقة التي يجب نصف المهر المسمي بوقوعها قبل الوطء حقيقة أو حكماً هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسخاً كالفرقة بالايلاء واللعان والعنة والردة وابائه الاسلام اذا أسلمت زوجته وفعله ما يوجب حرمة المصاهرة باصولها وفروعها فان جاءت الفرقة من قبلها كردتها وابائها الاسلام اذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية وفعلها ما يوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها أو بأصله فلا يجب لها نصف المسمى بل يسقط وان كانت قبضت شيئاً منه ترد ما قبضت

(مادة ٨٦) اذا بلغت الصبية التي زوجها غير الاب والجد من الاولياء زوجا كفؤاً لها وبمهر المثل واختارت نفسها بالبلوغ قبل الدخول بها حقيقة أو حكماً فلا مهر لها على زوجها ولا متعة كما تقدم في المادة الخامسه والثمانين

الصحيحة لزم مهر المثل وما فرض بعد العقد. وان كانت قبلهما وكانت بغير الموت فان كانت من قبلها فلا تستحق شيئاً وان كانت من قبله فلا يتنصف كل منهما بل يجب لها عليه المتعة لقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) أى على الغني بقدر حاله وعلى الفقير المقل بقدر حاله — انظر مادة (٨٧)

والخلوة الصحيحة انما تقوم مقام الوطء في النكاح الصحيح كما عرفته من الاسباب التي تؤكد لزوم المهر فلو كان النكاح فاسداً فلا تقوم مقامه فان حصل التفريق فيه بين الزوجين من القاضي أو كانت المتاركة من الزوجين فان كان قبل الدخول الحقيقي فلا مهر للمرأة أصلا ولو كانت بعد الخلوة الصحيحة وأما إذا كانت الفرقة بين الزوجين بعد الدخول فاما ان يكون هناك مهر مسمى في العقد أولا ـ فان كان اما ان تكون التسمية صحيحة أولا — فان كانت هناك تسمية في العقد وكانت صحيحة وجب على الزوج الأقل من المسمى ومهر المثل فاذا فرضنا ان المسمي ثمانون جنيهاً ومهر المثل مائة وجب المسمى لأنه الأقل ولو كان بالعكس بأن كان مهر المثل ثمانين والمسمى مائة وجب مهر المثل وان لم تكن هناك تسمية أصلاً أو كانت ولكنها فاسدة وجب مهر المثل بالغاً قدره ما بلغ — أنظر مادة (٨٧)

(مادة ٨٧) مهر المثل وما فرض للمفوّضة بعد العقد بالقضاء أو الرضا لا يتنصف بالطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة فمن طلق زوجته قبلهما ولم يكن سمى لها مهراً وقت العقد أو سمى تسمية فاسدة من كل الوجوه حتى وجب لها مهر المثل أو فرض لها فرضاً بعد العقد سقط عنه مهر المثل كله وما فرضه بعد العقد ووجبت لها عليه المتعة ان لم تكن الفرقة من قبلها

(مادة ٨٨) الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطء في النكاح الفاسد فان كان —

ومحل كون المهر يتأكد وجوبه بالدخول اذا كان الزوج يملك مباشرة عقد الزواج فان كان لا يملك ذلك فلا يتأكد المهر ولو حصل الدخول فاذا تزوج صبي مميز غير مأذون له من قبل الولي بالتزوج فهذا العقد يكون موقوفاً على اجازة الولي فان اجازه نفذ وان رده بطل فاذا دخل هذا الصبي بزوجته قبل اجازة الولي العقد وبعد الدخول رده فلا يلزم الولي ولا الصبي بمهر ولا متعة لان هذا الفعل غير مأذون فيه فكان اللازم البحث عن حالة الصبي ان كان يملك ذلك أو لا فاذا لم يحصل يكون التقصير حاصلاً من جهة الزوجة فلا تستحق شيئاً — انظر مادة (٨٨) (تأمل)

وعند ما يراد اعطاء المتعة للزوجة سواء كانت واجبة أو مستحبة فلا تتقيد بشيء مخصوص بل المعتبر فيها عرف كل بلدة لاهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج فان الملابس تختلف في القرى والامصار فينظر الى البلدة التي حصل فيها العقد وتعطي بما يناسبها من أنواع الملابس وبعد مراعاة عرف البلد يقول بعضهم يعتبر حال الزوجين فان كانا غنيين فمتعة الاغنياء وان كانا فقيرين فمتعة الفقراء وان كانا متوسطي الحال أو مختلفيه فمتعة الوسط ومع كل فهذا أمر لا ينضبط لان كلاً من الأحوال الثلاثة له درجات وبعضهم يقول

النكاح فاسداً ووقع التفريق أو المتاركة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة فلا مهر للمرأة ولو خلا الزوج بها خلوة صحيحة وان تفرقا بعد الدخول وكان قد سمى لها الزوج مهراً فلها الاقل من المسمى ومهر المثل وان لم يكن سمى لها مهرا أو سمى مالا يصلح مهراً فلها مهر المثل بالغا قدره ما بلغ

(مادة ٨٩) اذا تزوج صبي محجور عليه امرأة بلا اذن وليه ودخل بها فرد الولي نكاحها فلا مهر لها عليه ولا متعة

يعتبر حال الزوج اتباعاً للنص وهو قوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) أي على الغني بقدر حاله وعلى الفقير المقل بقدر حاله وهذا هو الظاهر. ويخير الزوج بين اعطائها الأثواب التي تليق بحاله وما تساويه من النقود فان امتنعت من أخذ النقود تجبر على القبول لان الاثواب ماوجبت لعينها بل من حيث أنها مال ولكن هذا ليس على الاطلاق بل بشرط ان لا تزيد على نصف مهر المثل ان كان الزوج غنياً لان الحق عند التسمية آكد واثبت منه عند عدم التسمية وعند التسمية لا يزاد على نصف المسمى في المتعة الواجبة فلأن لا يزاد عند عدمها على نصف مهر المثل أولى - وأن لا تنقص المتعة عن خمسة دراهم ان كان فقيراً لأنها تجب على طريق العوض وأقل عوض ثبت في النكاح نصف عشرة فلا بد في المتعة من ملاحظة هذين الامرين

والمتعة على ثلاثة أقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما أن تكون مدخولا بها أو لا فان لم تكن مدخولا بها فاما أن يكون مهرها مسمى أولا فان لم يكن مهرها مسمى فهي التي وجبت لها المتعة وان كان لها مهر مسمى فلا تستحب لها المتعة وان كانت مدخولا بها تستحب لها المتعة سواء كان لها مهر مسمى أو لا

ومثل المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى المتوفي عنها زوجها فلا تستحب لها المتعة وقال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه تجب المتعة لكل مطلقة الا للمطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى لانها وجبت لايحاش الزوجة بالفراق فتجب لكل من أوحشت به الا انه في المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى يجب نصف المهر بطريق المتعة لان الطلاق أزال العقد ففي هذه الحالة يعود

بضمها اليها سالماً وذلك يقتضي سقوط المهر كله لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة وهي لا تتكرر فلا تجب المتعة لهذه وتجب لغيرها

ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل فوجبت المتعة والعقد يوجب العوض وهو مهر المثل فكانت المتعة خلفاً عنه والخلف لا يجامع الاصل وجوباً وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا يجامع شيئاً متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله — انظر مادة(٩٠)

﴿ الفصل الرابع ﴾

(في شروط المهر)

اذا تزوج رجل امرأة وجعل لها مهراً أقل من مهر مثلها ولكنه اشترط شيئاً لها فيه منفعة في مقابلة النقص الذي حصل من مهر المثل فلا يخلو الحال من أحد أمرين اما أن يكون ما اشترط لها يباح الانتفاع به واما أن لا يباح

فان كان الاول كما اذا كان مهر مثلها الفاً وخمسمائة وتزوجها على الف بشرط أن لا يخرجها من بلدها أو بشرط أن لا يتزوج عليها أو بشرط أن يطلق ضرتها أو بشرط ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة أو بشرط ان

(مادة ٩٠) المعتبر في المتعة عرف كل بلدة لاهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج واعتبارها على حسب حال الزوجين ويجوز دفع بدل المتعة نقداً ولا تزيد على نصف مهر المثل ان كان الزوج غنياً ولا تنقص عن خمسة دراهم ان كان فقيراً فلا تجب المتعة الا لمن طلقت قبل الدخول ولها مهر مسمى ولا للمتوفي عنها زوجها وتستحب للمطلقة بعد الدخول سواء سمي لها مهر أم لا

يهدي لها الثياب الفاخرة مع الالف أو بشرط ان لا يخرجها من منزل أبويها فلا يخلو الحال من أحد أمرين اما أن يفي بالشرط واما ان لا يفي به فان كان الاول بان وفي بما شرط فلها المهر المسمى لانه سمي ما صلح مهراً وقد تم رضاها به وان كان الثاني بان لم يف بالشرط فلها مهر مثلها لانه سمي ما لها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها

ولا بد أن تكون هذه الشروط بصيغة المضارع بان يقول لها تزوجتك على ان لا أخرجك من منزل أبويك مثلا ليكون وعداً ان وفي به فبها والا فلا يلزمه ويكمل لها مهر المثل اما اذا اشترط بالمصدر كما اذا تزوجها على الف وطلاق ضرتها أو عتق أخيها عتق الاخ وطلقت المرأة بنفس العقد ولا يتوقف على أن يوقعها وللمرأة المسمي فقط وولاء الاخ يكون لها ان قال الزوج وعتق أخيها عنها لانها والحالة هذه هي للمعتقة لتقدم الملك لها ويصير العبد من جملة المهر المسمي وان لم يقل الزوج عنها فهو المعتق والولاء له والطلاق الواقع رجعي لانه قوبل بالبضع وهو ليس بمتقوم وتقومه بالعقد لضرورة التملك فلا يتجاوزها فلم يظهر في حق الطلاق الواقع على الضرورة فبقي طلاقاً بغير بدل فكان رجعيا . ولا يخفى ان حكم ما اذا اشترط مع المسمى ما يضرها كالتزوج عليها أنه ليس لها الا المسمي مطلقاً بالاولى اي سواء وفى بالشرط او لم يف وكذلك لو كان المسمي مساوياً لمهر مثلها أو أكثر ولم يف بما وعد فليس لها الا المسمى

وان كان الثاني وهو أن يكون المشروط لها مع المسمي لا يباح الانتفاع

به شرعا كالخمر والخنزير فان كان المسمى عشرة فصاعداً وجب لها وبطل الحرام ولا يكمل مهر المثل لان المسلم لا ينتفع بالحرام فلا يجب عوض بفواته وقال الامام احمد اذا فات الشرط فلها الخيار في الفسخ . فاذا تزوجها على أن يطلق ضرتها في اسبوع أو بشرط ان لا يخرجها من منزل أبويها فان وفي فبها وان لم يوف فلها فسخ العقد لانها لم تتزوجه الا على شيء مرغوب فيه فصار كما اذا باع حصاناً على أنه للسبق وهو بخلافه فللمشتري رده لفوات الوصف المرغوب فيه ولقوله عليه الصلاة والسلام « أحق الشرط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » وهو ظاهر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وليست هذه الشروط فيه وقال عليه الصلاة والسلام « المسلمون على شروطهم الا شرطاً احل حراما أو حرم حلالا » وهذه الشروط تحرم الحلال كالتزوج عليها والمسافرة بها ونحو ذلك فكانت مردودة ـ انظر مادة (٩١)

ومثل اشتراط الزوج شيئاً لها فيه منفعة في نظير النقص عن مهر المثل اشتراطه وصفاً مرغوباً فيه عند الزوجة في نظير الزيادة على مهر المثل فاذا تزوج رجل امرأة بأزيد من مهر مثلها واشترط في مقابلة الزيادة وصفاً يرغب فيه كالبكارة والجمال فان وجد ما اشترطه لزمه كل المسمي وان لم يوجد فلا يلزمه الا مهر المثل وتسقط عنه الزيادة لأنه ما أتى بها في مقابلة وصف ولم

(مادة ٩١) اذا سمي الزوج للمرأة مهرا أقل من مهر مثلها واشترط في نظير ذلك منفعة فان كانت مباحة الانتفاع ووفي بالشرط فلها المسمى وان لم يوف به وجب عليه تكميل مهر المثل وان كانت المنفعة التي شرطها غير مباحة الانتفاع بطل الشرط ووجب المسمي ولا يكمل مهر المثل

يوجد فلا تستحق فاذا لم يقابل الوصف المرغوب فيه بشيء من المهر بل اشترطه كما اذا تزوج امرأة بشرط أنها بكر أو جميلة مثلا فوجدها بخلاف ما اشترط فان كان هناك مهر مسمى فى العقد لزمه وان لم يكن هناك مسمى وجب مهر المثل ولا ينقص منه شيء لان النكاح لا يثبت فيه خيار العيب كما عرفته في مادة (١٦) فارجع اليه تجد شرح هذه المشكلة وأقوال الائمة فيها عالا مزيد عليه ـ انظر مادتي (٩٢) و (٩٣)

فيؤخذ مما تقدم انه ليس هناك الا تسمية واحدة سواء كانت اقل من مهر المثل اومساوية له او أكثر منه على حسب الاحوال المتقدمة أما اذا سمى لها مهراً على تقدير وآخر على تقدير آخر كما اذا تزوجها على الف ان أقام بها في هذا البلد وعلى الفين ان اخرجها منه اوعلى الف ان طلق ضرتها وعلى الفين ان ابقاها على ذمته او على الف ان كانت قبيحة وعلى الفين ان كانت جميلة صح الشرطان ووجب المسمى فى أي شرط وجد فان اقام بها في المثال الاول فلها الالف وان اخرجها فلها الالفان وهكذا في كل مثال من هذا القبيل لرضا كل منهما بمهر مخصوص في حالة مخصوصة فيسرى عليهما هذا الرضا وهو مذهب الصاحبين وهو فى غاية الظهور وقال ابو حنيفة ان وفي فلها الالف والافمهر المثل ولكن لا يزيد عن الالفين لرضاها ـ انظر مادة (٩٤)

(مادة ٩٢) اذا تزوج الرجل امرأة بأكثر من مهر مثلها على أنها بكر فاذا هي ثيب وجب عليه مهر المثل لا الزيادة

(مادة ٩٣) اذا اشترط الزوج بكارة المرأة فوجدها ثيباً يلزمه كل المهر المسمى وان لم يكن مسمي يلزمه مهر المثل ولا ينقص لثيوبتها

(مادة ٩٤) اذا تردد الزوج في المهر كثرة وقلة بين صباحة المرأة وقباحتها —

وفي هذا المقام خبط وتشويش في بعض الكتب ولكن هذا أحسن ما قيل

﴿ الفصل الخامس ﴾

(في قبض المهر وما للمرأة من التصرف فيه)

قد علمت مما تقدم ان الولاية تنقسم إلى ولاية على النفس وولاية على المال وان الشخص متى كان مكلفاً ثبتت له الولاية على نفسه فان كان غير مكلف ثبتت الولاية لغيره وقد عرفت ذلك الغير من ترتيب الاولياء في عقد الزواج . وأما الولاية على المال فتثبت لصاحبه فكل شخص سواء كان مذكراً أو مؤنثاً تثبت له الولاية على ماله اذا لم يكن هناك سبب من أسباب الحجر فان وجد واحد منها ثبتت لغيره الولاية على ماله وذلك الغير ينحصر في ستة وليس لغيرهم ولاية على المال أصلاً وهم مرتبون على هذا الترتيب الأب ثم وصيه ثم الجد الصحيح وهو أبو الأب وان علا ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه

ومن ضمن أسباب الحجر الصغر فمتي كان الشخص صغيراً سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ثبتت الولاية على ماله للاب فان لم يكن الاب موجوداً فوصيه فان مات الاب ولم يوص الى أحد أو كان الاب موجوداً ولكن ليس أهلاً للولاية فالولي هو الجد الصحيح فان لم يكن موجوداً فوصيه فان مات ولم يوص إلى أحد فالولي هو القاضي لما له من النظر العام فان شاء القاضي تولى بنفسه وان شاء أقام وصياً يتصرف في أموال الصغار بما فيه المصلحة لهم

صح الشرطان ووجب المسمى في أي شرط وجد

وبما أن المهر ملك للزوجة ومن ضمن أموالها والصغر من أسباب الحجر فان كانت الزوجة صغيرة سواء كانت بكراً أو ثيباً فولاية قبض مهرها تكون لمن ذكروا على الترتيب الذي عرفته ومتى قبضه واحد منهم برئت ذمة الزوج منه فليس للزوجة مطالبته به ولو بعد البلوغ بل تأخذه ممن قبضه من الزوج لان الزوج قد دفعه لمن له الولاية شرعاً فيكون هذا الدفع معتبراً تبرأ به ذمته ومتى برئت ذمة شخص من دين فلا يعود هذا الدين اليه فليس للزوجة اذن حق في مطالبته . وان كانت بالغة عاقلة غير سفيهة فلها ان تقبض مهرها بنفسها بدون معارضة لها من أحد ولو كان الاب لان ولاية أموالها لها في هذه الحالة فان شاءت تولت هي قبض المهر بنفسها وان شاءت وكلت من تختاره في قبض مهرها سواء كانت بكراً أو ثيباً الا انه لا يجوز لواحد من هؤلاء قبض مهر الثيب إلا بتوكيل صريح منها وأما البكر فلهم قبضه إذا لم يحصل منها نهي صريح عن قبضه والفرق بينهما ان العادة جارية بان الأب يقبض مهر البكر ليضم اليه شيئاً من ماله ويجهزها به بخلاف الثيب. فان كانت في العادة الثيب كذلك كانت مثل البكر — انظر مادة (٩٥)

فيؤخذ مما تقدم انه ليس لغير الاب والجد والقاضي ووصيهم ولاية قبض المهر أصلاً وان ثبتت له الولاية في التزويج كالأخ والعم والأم فكل

(مادة ٩٥) للأب والجد والوصي والقاضي ولاية قبض المهر للقاصرة بكراً كانت أو ثيباً وقبضهم معتبر يبرأ به الزوج فلا تطالبه المرأة بعد بلوغها والمرأة البالغة تقبض مهرها بنفسها فلا يجوز لاحد من هؤلاء قبض مهر الثيب البالغة إلا بتوكيل منها ولا قبض مهر البكر البالغة إذا نهت عن قبضه فلو لم تنه فلهم قبضه .

منهم ليس له ولاية قبض المهر من حيث كونه أخاً أو عماً أو اماً فاذا اتصف واحد منهم بصفة تثبت له الولاية على المال ملك ذلك من هذه الجهة كما اذا أقيم واحد منهم وصياً سواء كانت اقامته من قبل الاب أو الجد أو القاضي فاذا توفى شخص وله أخ وأولاد صغار وأقام أخاه وصياً على أولاده كانت له الولاية على نفس الاولاد من جهة كونه عماً وعلى مالهم من جهة كونه وصياً واذا كان لهذا الرجل المتوفى ابن كبير وأقامه وصياً ثبتت له ولاية النفس والمال على الصغار وهم أخوته واذا أقام زوجته التي هي أم الاطفال وصية ثبت لها عليهم الولايتان فاذا أعطي الزوج المهر الى واحد من هؤلاء أو غيرهم وكان وصياً برئت ذمة الزوج من المهر فاذا بلغت البنت فليس لها أن تطالبه به وانما تطالب من أخذه لان الزوج أعطاه الى من يستحق أخذه فتبرأ ذمته فلا يدفعه أما إذا أعطاه الى واحد من هؤلاء ولم يكن وصياً فالبنت بعد البلوغ تخير فى أخذ المهر ممن استلمه أو من الزوج وهو ظاهر لانه قصر فى هذه الحالة إذ أعطاه إلى من ليست له الولاية عليه فلا تبرأ ذمته امام الزوجة فتطالبه به فان أخذته من غير الزوج فبها لانه أعطاها ما استلمه من الزوج وان أخذته من الزوج فله أن يرجع على من دفعه اليه سواء كان الأم أو غيرها لانه حينئذ يكون دفع المهر مرتين الاولى لغير المستحق والثانية للمستحق وهي الزوجة فيرجع على غير المستحق بما أعطاه له ـ انظر مادة (٩٦)

(مادة ٩٦) ليس لاحد من الأولياء غير من ذكر في المادة السابقة ولا للأم قبض صداق القاصرة إلا إذا كان وصياً عليها فاذا كانت الأم وصية بنتها وقبضت مهرها وهي صغيرة ثم ادركت فلها أن تطالب أمها به دون زوجها فلو لم تكن الأم وصية وقبضته عن

وبما أن المهر ملك الزوجة فلها أن تتصرف فيه ولا يكون للزوج حق في معارضتها أصلاً لانه لا ولاية له على أموالها ولا على نفسها إلا بما يحفظ شرفه ونسبه فلها أن تتصرف بغير اذنه سواء كانت رشيدة أو غير رشيدة وبلا اذن أبيها أو جدها عند عدمه أو وصيهما ان كانت رشيدة فان لم تكن رشيدة بأن كانت صغيرة أو بالغة غير عاقلة أو عاقلة ولكنها مبذرة في أموالها فالولاية تكون للاب ووصيه الى آخر من عرفتهم وحينئذ فهو الذي يتصرف فان أرادت التصرف بنفسها وكانت صغيرة مميزة أو كبيرة معتوهة أو سفيهة فلا ينفذ تصرفها الا إذا أذن لها صاحب الولاية فان تصرفت بغير إذنه كان تصرفها موقوفاً على اجازته فان أجازه نفذ وان ردّه بطل

فلها ان كانت رشيدة ان تتصرف في المهر بما شاءت وكيف شاءت ولها ان تملك نفس الشيء أو منفعته لغيرها سواء كان زوجها أو أباها أو أمها او غيرهم وسواء كان هذا التمليك بعوض أو بغير عوض فاذا ملكت الشيء نفسه إلى غيرها بعوض سمي بيعاً واذا ملكته إلى غيرها بغير عوض كان هبة وان ملكت منفعته إلى الغير بعوض فهو اجارة وان ملكتها بغير عوض فهو اعارة لان الاعارة هي تمليك المنفعة بغير عوض واذا كانت مدينة لشخص في مبلغ واعطت له المهر مشترطة عليه انها متى دفعت له مبلغ الدين يعطيه لها كان هذا رهناً لان الرهن هو حبس شيء مالي بحق مالي يمكن استيفاء

بنتها القاصرة فللبنت بعد الادراك ان تطالب زوجها وهو يرجع على الأم وكذلك الحكم في سائر الاولياء غير من ذكر قبل

الحق من هذا الشيء كلاً أو بعضاً ـ أنظر مادة (٩٧)

فقد بان لك ان المرأة متى كانت رشيدة فلها أن تتصرف في مهرها بما أرادت فيجوز لها هبة المهر لزوجها فان وهبته له وطلقها بعد الدخول او الخلوة الصحيحة فلا يرجع واحد منهما على الآخر بشيء لانها قبضت كل ما تستحقه وتصرفت فيه وقد تأكد بعد الاستحقاق بالدخول فلا رجوع لواحد منهما على الآخر

وأما اذا وهبته له وطلقها قبل الدخول فللمسئلة صور واحكام مخصوصة لانه اما ان يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو على ما يتعين بالتعيين كالبيت والفرس وقطعة من الارض والمهر في كل أما ان يكون كله مقبوضاً أو غير مقبوض أو بعضه مقبوضاً والبعض غير مقبوض وكل واحد على وجهين لان المرأة اما ان تهب الكل او البعض واليك الاحكام

فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين بأن تزوجها على ألف جنيه مثلاً وقبضته ثم وهبته للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة جنيه لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت بالطلاق قبل الدخول فانه ينصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ لان الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد ولهذا لو سمي لها دراهم وأشار اليها كان له ان

(مادة ٩٧) المهر ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا أمر زوجها مطلقاً وبلا إذن أبيها أو جدها عند عدمه أو وصيهما ان كانت رشيدة فيجوز لها بيعه أو رهنه واجارته وإعارته وهبته بلا عوض من زوجها ومن والديها ومن غيرهم

بحبسها ويدفع مثلها جنساً ونوعاً وقدراً وصفة ولا يلزمها رد عين ما أخذت بالطلاق قبل الدخول فكانت هبة هذا الالف كهبة الف آخر وهي اذا وهبت له الف جنيه غير الالف الذي قبضته مهراً وطلقها قبل الدخول فلا شك في في ان يرجع عليها بنصف ما قبضت فكذا هنا واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه ثبت له الرجوع

فلو لم تقبض الزوجة الالف وهو المهر في الصورة المتقدمة ثم وهبته كله له فطلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء لحصول المقصود وهو براءة ذمته وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لان المهر سلم له بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته مما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحق فلا تبرأ المرأة عما يستحقه . وجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لغيره لك علي الف جنيه ثمن هذا البيت الذي اشتريته منك فقال له الآخر البيت بيتك ولي عليك الف جنيه قرضاً لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع البيت

ولو قبضت النصف وهو خمسمائة ثم وهبته الالف كله اي المقبوض وغيره ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقال الصاحبان يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل لانها لو قبضت الكل ووهبته للزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها

بنصف ما قبضت فيكون الآخر كذلك اذا قبضت البعض ولأن هبة البعض الذي لم تقبضه حط والحط يلتحق بأصل العقد فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة . ولأبي حنيفة ان مقصود الزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر بغير عوض وقد حصل له فلا يستوجب أخذ شيء منها والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح الا ترى أنه يجوز عقد الزواج وان بقي بعد الحط أقل من عشرة دراهم ولو كان يلتحق بأصل العقد لما جاز كما لا يجوز الانشاء على أقل من عشرة دراهم ولهذا لا تتنصف الزيادة على المهر بعد العقد اذا طلقها قبل الدخول بها ولو كانت تلتحق لتنصفت وعقد الزواج مخالف لعقد البيع اذ الحط والزيادة يلتحقان بعقد البيع لا بعقد النكاح والسبب في ذلك ان النكاح ليس عقد مبادلة ومغابنة فلا تمس الحاجة الى رفع الغبن والبيع عقد مغابنة ومرابحة فتقع الحاجة إلى رفع الغبن ولا يمكن ذلك إلا بالالتحاق بأصل العقد والظاهر مذهب الامام وعلى هذا الخلاف لو وهبت النصف الباقي في ذمته ولم تهب من المقبوض شيئاً ووجه كل ما تقدم فان قبضت أكثر من النصف ووهبت الباقي فانها ترد عليه ما زاد على النصف عنده كما لو قبضت ستمائة ووهبت أربعمائة فانه يرجع بمائة وعندهما يأخذ منها نصف المقبوض فترد ثلثمائة ولو وهبته مائتين يرجع عليها بثلثمائة تتمها للنصف وأما اذا قبضت أقل من النصف ووهبت الباقي فهو معلوم بالاولى

ولو كان المهر مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً آخر غير الدراهم والدنانير في الذمة فحكمه في جميع ما ذكرناه كحكمها لعدم تعينه ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت — وهذا كله اذا وهبته للزوج فاذا وهبته لغير الزوج

وسلطته على قبضه منه فاعطاه الزوج له أو استلمه ممن كان ضامناً الزوج فى دفعه ثم طلقها الزوج قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه أيضاً لان الزوج أو ضامنه سلم المهر الى من ملكته الزوجة له بالهبة فكان كلاً منهما اعطاه لها فيرجع الزوج عليها بالنصف بالطلاق قبل الدخول لانه تبين انها لا تستحق الا النصف وهو قد سلمها الكل

فان كان المهر مما يتعين بالتعيين كالبيت مثلا فوهبت لزوجها الكل ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده والقياس انه يرجع عليها بنصف قيمته وهو قول زفر لان استحقاقه لجهة الطلاق كما مر ولم يحصل له من تلك الجهة — وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعينه فى الفسخ كما تعين فى العقد ولهذا لم يكن لكل واحد منهما دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر ديناً وكانت الهبة بعد القبض حيث يرجع عليها بالنصف لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت شيئاً آخر مكانه جاز بخلاف ما اذا باعت الصداق الذي يتعين بالتعين من زوجها فطلقها قبل الدخول فانه يرجع عليها بالنصف لانه وان كان وصل اليه عين ما يستحقه إلا أنه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر . فاذا وهبت له أقل من النصف والموضوع ان المهر يتعين بالتعيين وقبضت الباقي فانها ترد ما زاد على النصف ولو وهبت له أكثره أو النصف فلا يرجع عليها بشيء

الاجنبي للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف الصداق مطلقاً أي سواء كان المهر مما يتعين بالتعيين أو لا يتعين لانه لم يسلم اليه النصف من جهتها

هذا كله ان كانت رشيدة كما عرفت فان كانت غير رشيدة بان كانت صغيرة أو بالغة غير رشيدة فلا يجوز لها أن تهب شيئاً من مالها لان تصرفات الصغير المميز ان كانت ضارة له ضرراً محضاً تقع باطلة مثل الهبة فان فيها اخراج الشيء عن الملك بلا عوض أصلا وأي ضرر أشد من ذلك . ولا يجوز لأبيها أن يهب شيئاً من مهرها لا للزوج ولا لغيره لان تصرفات الولي مقيدة بالمصلحة ولا مصلحة هنا . ومثل الاب غيره من أولياء المال بالطريق الاولى — انظر مادة (٩٨)

والشخص لا يجبر على تركه ملكه لغيره اصلا الا اذا كان لمصلحة عامة كالطريق العام مثلا فانه يؤخذ منه ملكه بقيمته ولوجبرا عليه وحينئذ لا تجبر المرأة على فوات شيء من مهرها لاحد ما سواء كان زوجا أو أبا أو أما أو غيرهم فان استلمت جميع المهر من زوجها فبها والا فلها الحق في طلبه منه في أي وقت شاءت دون سواها الا اذا كانت غير رشيدة فان الطلب يكون لوليها لا لها

(مادة ٩٨) اذا وهبت المرأة مهرها كله أو بعضه لزوجها بعد قبضه بتمامه ثم طلقها قبل الدخول بها فله الرجوع عليها بنصفه ان كان من النقدين أو من المكيلات أو الموزونات فلو لم تقبضه أو قبضت نصفه فوهبت الكل في الاولى أوما بقي وهو النصف في الثانية لا رجوع ولو وهبته لاجنبي وسلطته على قبضه فقبضه من زوجها أو من ضامنه ثم طلقها الزوج قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه أيضاً فان كان المهر مما يتعين بالتعيين كالعروض ووهبت زوجها النصف أو الكل ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء مطلقاً وليس لابي الصغيرة أن يهب شيئاً من مهرها

واذا ماتت قبل أن تستوفى جميع مهرها فحينئذ يكون للورثة الحق فى مطالبة الزوج المهر ان كان الزوج حياً موجوداً فان مات طالبت ورثتها ورثته بما يكون باقياً بذمته من مهرها ولكن بعد اسقاط نصيب الزوج الآيل له من ارثها لانه من ضمن الورثة فاذا فرضنا أن المهر كان مائتي جنيه وماتت الزوجة قبل أن تستوفى شيئاً منه وتركت زوجها وأمها وبنتها وأختها الشقيقة فللورثة الحق فى أن يطلبوا الزوج بالمهر بعد اسقاط نصيبه وهو هنا خمسون جنيهاً لان الزوج له الربع عند وجود الفرع الوارث للمتوفى وهي البنت هنا ولو كانت الزوجة استوفت نصف المهر قبل وفاتها طالبت الورثة الزوج ان كان حياً أو ورثته بالباقي بعد اسقاط نصيبه وهو هنا خمسة وعشرون جنيهاً والام تأخذ السدس لوجود الفرع الوارث والبنت لها النصف والاخت لها الباقى بطريق التعصيب لانها صارت عصبة مع البنت ومحل اسقاط نصيب الزوج من المهر او ما بقي منه ان كان وارثاً لها بان علم موتها قبله لان شرط التوريث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث او الحاقه بالاحياء تقديراً فان لم يعلم ذلك بان سقط بيت على الزوجين أو غرقا في سفينة فاخرجا ميتين من تحت الردم اومن البحر ولم يدر من الذى مات منهما اولا فلا نورث احدهما من الآخر وحينئذ لا نسقط له شيئاً من المهر بل يؤخذ بتمامه ان لم تكن قبضت منه شيئاً أوما بقي منه ويعطى لغيره من ورثتها ـ انظر مادة (٩٩) .

(مادة ٩٩) لا تجبر المرأة على فوات شيء من مهرها لا لزوجها ولا لاحد من أوليائها ولا لوالديها واذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها فلورثتها مطالبة زوجها أو ورثته بما يكون باقياً بذمته من مهرها بعد اسقاط نصيب الزوج الآيل له من ارثها ان علم موتها قبله

﴿ الفصل السادس ﴾

(في ضمان المهر وهلاكه واستهلاكه واستحقاقه)

اعلم ان الضمان هو الكفالة التي هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بالدين أو بغيره فاذا كان شخص مدينا لآخر فى خمسين جنيها مثلا وكفل المدين شخص آخر بهذا المبلغ وقبل الدائن ذلك كان هذا كفالة لان الشخص الذى ضمن الدين ضم ذمته الى ذمة المدين الاصلى فى المطالبة بالدين فبعد أن كان الدائن ليس له الا مطالبة مدينه صار بهذا الضمان له الحق في مطالبة الضامن أيضاً الاول بطريق الاصالة والثانى بطريق الكفالة فالمدين الاصلى يسمى مكفولا عنه والدائن يسمي مكفولا له والدين يسمى مكفولا به والشخص الذى ضمن المدين يسمى كفيلا وهذا العقد يسمى كفالة فتي كان شخص مدينا لغيره وكفل هذا الدين ثالث وكان من أهل الالتزام وقبل الكفالة الدائن صح هذا ويطالب الدائن من شاء منهما بالدين فان أخذه من المدين الاصلى فلا رجوع له على أحد لانه دفع ما عليه وان اخذه من الكفيل يرجع الى الكفيل ويأخذه منه ان كان أمره بالضمان لانه صار قاضيا دين غيره باذنه فيأخذه منه وان لم يأمره بالضمان فلا يأخذ منه شيئاً بغير رضاه لانه قضى دين غيره بغير اذنه فهو متبرع فلا يأخذ منه شيئا جبراً عنه

ولا يخفى أن الزوج مدين لزوجته فى المهر اذ هو الملزم بدفعه فاذا ضمنه شخص صح هذا الضمان سواء كان الضامن أجنبياً من الزوجين أو ولياً لاحدهما اولهما فان كان أجنبياً وضمن المهر واداه للزوجة يرجع به على الزوج

اذا كان الضمان بأمره فان لم يكن باذنه فلا يأخذ منه شيئاً جبراً لما عرفته مما تقدم وان كان ولىّ أحدهما أو وليهما وضمن المهر للزوجة فاما أما يكون الضمان في حال صحته واما أن يكون فى حال مرضه مرض الموت وعلى كل فاما أن يكون المكفول له (وهو الزوجة) أو عنه (وهو الزوج) وارثا للضامن أوغير وارث له فان كان الضمان فى حال الصحة فلا كلام فى صحته سواء كان المكفول له وارثا أو غير وارث وسواء كان الزوج كبيراً أو صغيراً لان الولى من أهل الالتزام وقد أضافه الى ما يقبله فيصح الا انه ان كان الضامن ولى الزوج يشترط لصحته قبول الزوجة فى مجلس الضمان ان كانت مكلفة فان كانت غير مكلفة يشترط قبول وليها فى المجلس أيضاً فان كان الضامن ولى الزوجة فلا يشترط قبول أحد فى المجلس لان ايجابه يقوم مقام القبول عنها وينفذ الضمان في هذه الحالة التي هي حالة الصحة من كل مال الضامن فاذا فرضنا ان المهر مائة جنيه وضمنه الولى وما له لا يساوى الا هذا المبلغ فللزوجة أخذه ولو كان اكثر أخذ منه بقدر المهر فلو كان ماله أقل من المضمون أخذت الكل ورجعت بما بقي على الزوج ولاحق لأحد من الورثة فى المعارضة لان الشخص متى كان صحيحاً فله أن يتصرف فى جميع أمواله بكل ما أراد لمن اراد ما لم يكن محجوراً عليه بسبب من أسباب الحجر

وان كان ضمان الولى المهر فى حال مرضه مرض الموت فان كان المكفول عنه وارثاً فلا يصح هذا الضمان الا باجازة بقية الورثة فاذا زوج رجل ابنه وهو مريض وكان له أولاد سواه وضمن عنه المهر فلا يصح الا اذا اجازته الورثة لان الضمان في مرض الموت يعتبر وصية ولا وصية لوارث وحينئذ فلاحق

للزوجة في أخذ المهر من مال ابي الصغير اذا لم تجز الورثة لأن الضمان غير صحيح فان اجازته فلها هذا الحق لان المنع لحقهم وقد أسقطوه وهكذا الحكم فيما اذا كان المكفول له وارثاً فاذا زوج رجل بنته وهو مريض وضمن لها فهو كما تقدم ولا يخفى انه لو انحصر أرث الضامن في المكفول له او عنه صح لان المنع كان لحق الورثة ولم يوجد سواه

ومثل هذا ما اذا كان كل من المكفول له والمكفول عنه وارثاً كما اذا زوج رجل بنته لابن اخيه الذي هو وليه وضمن عنه المهر وليس له وارث يحجب ابن الاخ فان الضمان لا يصح الا باجازة بقية الورثة فان كان كل من المكفول له والمكفول عنه غير وارث للضامن نفذ الضمان من كل المال ان أجازته الورثة وان لم يجيزوه نفذ من الثلث فقط فاذا زوج رجل له ابن ابن أخيه الذي هو وليه وهو مريض بنت رجل آخر بمائة جنيه مثلاً وضمن المهر عنه فان اجاز ابنه هذا الضمان نفذ من كل المال وللمرأة اخذ هذا المهر من كل ماله لان الابن الذي هو مستحق أسقط حقه وان لم يجزه نفذ من ثلث مال الضامن لان ابن الاخ في هذه الحالة غير وارث اذ هو محجوب بالابن وحينئذ ينظر الى اموال الضامن فان كانت المائة المضمونة تخرج من ثلثه بان كان ماله ثلثمائة جنيه او اكثر اخذت كل المهر وان كانت لا تخرج من الثلث بان كانت جميع امواله مائة وخمسين جنيهاً مثلا اخذت خمسين وترجع بالباقي على الزوج — انظر مادة (١٠٠)

(مادة ١٠٠) ولي الزوج أو الزوجة يصح ضمانه مهرها في حال صحته صغيرة كانت الزوجة او كبيرة بشرط قبولها الضمان فى المجلس ان كانت كبيرة اوقبول وليها —

والمكفول له مخير في أخذ دينه ممن أراده من الكفيل أو الاصيل فالمرأة ان كانت بالغة فهي مخيرة في هذا فلها أن تطالب زوجها بعد بلوغه او الضامن سواء كان وليه أو وليها متى كان الضمان صحيحاً سواء كان صغيراً أو كبيراً ومثله الزوجة فان كان الضامن هو ولي الزوج وكان كبيراً صح الضمان لانه وكيل فهو كالاجنبي وولايته عليه ولاية استحباب فحكم ضمانه مهرها كحكم ضمان الاجنبي فان ضمن عنه باذنه رجع والا فلا وأما أن كان الزوج صغيراً والضامن هو وليه أيضاً بان زوج ابنه وضمن للمرأة مهرها فان الضمان يصح ايضاً لان الولي سفير ومعبر فيه فلا ترجع حقوق العقد اليه وان كان مباشراً بخلاف ما اذا اشتري له شيئاً ثم ضمن عنه الثمن للبائع حيث لا يصح ضمانه لانه اصيل فيه فيلزمه الثمن ضمن أولم يضمن وأما إذا كان الضامن ولي الزوجة وكانت كبيرة فصحة الضمان ظاهرة لانه كالاجنبي اذا ضمن لها المهر ويثبت لها الخيار ان شاءت طالبت زوجها ان كان كبيراً وهي أهل للمطالبة اوالولي ويرجع الولي بعد الاداء على الزوج ان ضمن بأمره سواء كانت الكبيرة عاقلة اومجنونة وأما اذا كانت صغيرة وزوجها الاب وضمن لها مهرها صح في هذه الحالة لانه سفير ومعبر فلا ترجع اليه الحقوق وانما ملك قبض مهر الصغيرة بحكم الابوة لا باعتبار أنه عاقد ولهذا لا يملكه بعد بلوغها الا برضاها صريحاً او دلالة بان تسكت وهي بكر بخلاف ما اذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشترى فانه لا يصح لانه أصيل فيه ولذا ترجع حقوق العقد اليه فيصح

ان كانت صغيرة ولا يصح ضمانه في مرض موته ان كان المكفول له او عنه وارثاً له فان لم يكن وارثاً صح ضمانه بقدر ثلث ماله

تأجيله الثمن وابراؤه المشترى عندهما خلافا لابي يوسف لكنه يضمن للولد لتعديه بالتأجيل والابراء ويملك قبض الثمن بعد بلوغه فلو صح الضمان لصار ضامناً لنفسه – انظر مادة (١٠١)

فقد بان لك مما تقدم ان الاب اذا زوج ابنه الكبير وضمن مهر امرأته او ضمن المهر أجنبي طولب كل منهما بالمهر بحكم الكفالة فان أداه رجع على الزوج سواء أشهد كل منهما عند الاداء انه أداه ليرجع أو لم يشهد اذا كان الضمان باذن الزوج وأما اذا زوج الاب ابنه الصغير فاما أن يكون له مال أولا فان كان له مال طولب الاب بدفع المهر منه سواء ضمن أو لم يضمن لانه له الولاية في مال أولاده الصغار ومادام له مال فلا يلزمه شيء لهم حتى النفقة عليهم فانها تكون في مالهم وان لم يكن له مال بان كان فقيراً فان لم يضمن المهر عنه فلا يطالب به لان النكاح وان لم ينفك عن لزوم المال ينفك عن ايفاء المهر في الحال فلم يكن من ضرورة الاقدام على تزويجه ضمان المهر عنه فان ضمن المهر صح ضمانه لما عرفته مما تقدم ويطالب به بحكم الضمان فان سكتت الزوجة حتى بلغ الزوج وطالبته بالمهر ودفعه لها فلا يرجع به على أحد لانه قضى ديناً واجباً عليه وأما ان طالبت الاب به وأعطاه لها وأراد الرجوع به على ابنه فالقياس انه يرجع لان غير الاب لو ضمن باذن الاب وادى يرجع في مال الصغير فكذا الاب لان قيام ولاية الاب عليه في الصغر بمنزلة امره بعد البلوغ وفي

(مادة ١٠١) للمرأة المكفول مهرها أن تطالب به أيا شاءت من الزوج بعد بلوغه أو الضامن سواء كان وليها أو وليه واذا أدى الضامن رجع الى الزوج ان أمره بالضمان عنه والا فلا رجوع له عليه

الاستحسان لا رجوع له لان الآباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة ولا يطمعون في الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص الا اذا شرط الرجوع في أصل الضمان او عند التأدية فحينئذ يرجع لان الصريح يفوق الدلالة اعني دلالة العرف بخلاف الوصي اذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان فانه يرجع لان التبرع من الوصي لا يوجد عادة فصار كبقية الاولياء غير الاب فان لهم حق الرجوع على الصغير اذا ضمنوا عنه المهر

ومحل اشتراط الاشهاد في الرجوع اذا لم يكن على الاب دين لابنه فلو كان على الاب دين للصغير فادى مهر امرأته ولم يشهد ثم قال بعد ذلك انما أديت مهره عن دينه الذي علي صدق — هذا اذا أدى الاب بعد الضمان أما اذا مات قبل الاداء فللمرأة الخيار ان شاءت أخذت المهر من الزوج وان شاءت استوفت ذلك من تركة الاب لان الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت ثم اذا استوفت من التركة رجع باقي الورثة بذلك في نصيب الابن ان لم يكن استلمه فان كا قبضه رجعوا عليه وقال زفر ليس لباقي الورثة حق الرجوع على الابن في نصيبه وعن أبي يوسف مثله لان الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه اذ لا يفيد اذنه ولو اذن فلا تنقلب موجبة له ولهذا لو أدى الاب حال حياته وصحته لم يرجع الا اذا أشهد فكذا لا رجوع بعد الموت — قلنا هذه الكفالة صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الاب عليه فاذن الاب اذن منه معتبر واقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته بخلاف ما اذا أدى عنه في حال حياته لان تبرع الآباء بالمهر معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون

وكذا يرجعون اذا أدى فى مرض موته ولو كان الضمان فى حال الصحة — فان كان الضمان فى مرض الموت فهو غير نافذ لانه وصية ولا وصية لوارث إلا باجازة باقى الورثة والمجنون بمنزلة الصبي فى جميع ذلك لانه مولى عليه كالصغير سواء كان الجنون أصلياً أو طارئاً — أنظر مادة (١٠٢)

ثم ان الشيء المجهول مهراً ان سلم للمرأة فبها وان لم يسلم لها بأن هلك أو استهلك أو استحق فله أحكام ستلقى عليك وهلاك الشيء زواله من غير ان يكون لاحد من الخلق مدخل في ذلك والاستهلاك زواله أيضاً ولكن بسبب التعدى عليه والاستحقاق ظهور الشيء مملوكا لغير من ملكه . فالمهر ان كان غير متعين فلا يتأتى فيه ان نرتب احكاماً على كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة لعدم تأتيها فى المهر بالنسبة للمرأة لانه اذا تزوجها على مائتي جنيه مثلاً أو على عشرين قنطاراً من القطن الفلانى وفرضنا ان الزوج عنده الف جنيه أو خمسمائة قنطار من القطن الموصوف في تسمية المهر فاحترق القطن قضاء وقدراً أو أحرق بالتعدي أو سرقت النقود أو ادعى شخص ان هذا القطن ملكه واثبت استحقاقه له فلا يمكننا ان نقول ان المهر هلك أو استهلك أو استحق ونرتب على هذه الاشياء أحكاماً بالنسبة للزوجة لان حقها لم يتعين في شيء

(مادة ١٠٢) اذا زوّج الاب ابنه الصغير الفقير امرأة فلا يطالب بمهرها إلا إذا ضمنه فان ضمنه واداه عنه فلا يرجع به عليه إلا إذا اشهد على نفسه عند التأدية انه اداه ليرجع به . ولو مات ابو الصغير الفقير قبل اداء المهر الذي ضمنه عنه فللمرأة اخذه من تركته ولباقى الورثة حق الرجوع به في نصيب الصغير من ميراث ابيه ولو كان للصغير مال يطالب ابوه ولو لم يضمن المهر عنه بدفعه من مال ابنه لا من مال نفسه لما له من ولاية التصرف في مال اولاده الصغار

مخصوص وانما هو قائم بذمة الزوج فهو ملزم بتسليمه لها

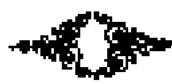
فان كان المهر متميناً في العقد بأن تزوجها وامهرها هذا البيت أو هذه القناطير من القطن أو هذا الحصان مثلاً وهلك أو استهلك أو استحق يمكننا ان نرتب على هذه الاشياء أحكاماً فنقول ان هلك بعد ما استلمته الزوجة فلا ترجع على أحد بشيء ما لانه سلمها وقد هلك تحت يدها وان استهلك بعده أيضاً فان كانت هي المستهلكة له فكذلك وان كان غيرها ترجع على ذلك الغير بمثله ان كان مثلياً وبقيمته ان كان قيمياً سواء كان هو الزوج أو غيره لأنه تعدى على ملكها وان استحق ترجع على الزوج بالمثل أو بالقيمة

واما ان كان هلاكه قبل ان تقبضه من الزوج بأن هلك تحت يده فانها تأخذ منه مثله أو قيمته لانه مضمون عليه مالم يسلمه لها ولا تبرأ ذمته من ضمانه إلا بالتسليم. وان استهلك في هذه الحالة فاما ان يكون المستهلك له هو الزوجة أو الزوج أو المهر أو أجنبياً فان كان الزوجة بأن قتلت الحصان الذي جعل مهراً مثلا فقد صارت مستوفية حقها فلا ترجع على أحد وان كان الزوج أو المهر بأن كان عبداً فقتل نفسه رجعت على الزوج بالمثل أو القيمة. وان كان أجنبياً خيرت بين أمرين الاول ان تضمن الزوج مثله أو قيمته وهو يرجع على المستهلك بها الثاني ان تأخذ ما ذكر من المستهلك وحينئذ تبرأ ذمة الزوج. وان استحق في هذه الحالة رجعت على الزوج ببدله - فقد علم مما ذكر ان الاستحقاق لا يختلف حكمه بالنسبة الى ما قبل القبض أو بعده بخلاف الهلاك والاستهلاك

هذا ان استحق كل المهر فان استحق النصف مثلا فاما ان يكون المهر مثلياً أو قيمياً فان كان مثلياً فلا حق لها إلا في أخذ نصفه والرجوع على

الزوج بمثل النصف المستحق وان كان قيمياً خيرت بين أمرين الاول أخذ قيمة نصفه من الزوج وتصير شريكة للمستحق - الثانى أخذ قيمة الكل من الزوج وهو يشارك المستحق لان الشركة عيب في القيمى لا المثلى وهي استحقت الشيء وحدها فاذا طرأت الشركة بالاستحقاق تضررت فتخير إذ الخيار ينفي الضرر ويمكنك ان تستخرج من هذا حكم استحقاق الاقل والاكثر من النصف .

ومحل تخييرها فى القيمى بين الأمرين المتقدمين اذا لم يطلقها قبل الدخول فان حصل ذلك فلا حق لها الا في أخذ النصف لان الشركة حاصلة سواء استحق النصف او لم يستحق اذ الزوج مستحق للنصف بالطلاق قبل الدخول فهو مشترك على كل حال سواء كان الشريك هو الزوج او المستحق فلا يثبت لها التخيير - أنظر مادة (١٠٣)



(مادة ١٠٣) إذا كان المهر معيناً فهلك في يد الزوج او استهلك قبل التسليم او استحق بعده فللمرأة الرجوع عليه بمثله ان كان من ذوات الامثال او بقيمته ان كان قيمياً ولو استحق نصف العين المجعولة مهراً فالمرأة بالخيار ان شاءت أخذت الباقي ونصف القيمة وان شاءت ردته واخذت كل القيمة فان طلقها زوجها قبل الدخول بها فلها النصف الباقي

﴿ الفصل السابع ﴾

(في قضايا المهر)

العادة الجارية ان المرأة لا تسلم نفسها الى الزوج الا بعد ان تأخذ شيئاً من المهر وهذا الشيء يختلف باختلاف البلاد فالبعض يعجل النصف والآخر يعجل الثلثين والبعض الآخر يعجل ثلاثة ارباع المهر وهكذا

فاذا سلمت امرأة نفسها لزوجها وقامت بعد ذلك تدعي انها لم تأخذ شيئاً من مهرها أصلا وهو ينكر ذلك لا تسمع دعواها لان العادة الجارية تكذبها فاذا فرض ان البلد الذي حصل فيه التزوج تخالف عادته العادة المتقدمة تسمع دعواها بلا نزاع ولذلك لو ادعت ببعض المعجل تسمع الدعوى لان العادة انه بعد اشتراط تعجيل الثلثين مثلا يدفع النصف وتزف المرأة الى الزوج وتطالب بالسدس بعد ذلك مع انه من ضمن المعجل وكل ما عرفته بالنسبة للزوجة يقال بالنسبة لورثتها فاذا ماتت بعد تسليمها نفسها وادعت الورثة انها لم تأخذ شيئاً في حياتها لم تسمع دعواهم للعادة الجارية فلو اختلفت العادة تسمع دعواهم فمبني سماع الدعوى وعدم سماعها على العادة الجارية اذ العرف له اعتبار ويعول عليه في بعض الاحكام ــ انظر مادة (١٠٤)

وهذا اذا حصل اتفاق على المسمى بعد تسليم المرأة نفسها فان كان هناك

(مادة ١٠٤) بعد تسليم المرأة نفسها للزوج لا تقبل دعواها عليه بعدم قبضها كل معجل مهرها إلا إذا كان التعجيل غير متعارف عند اهل البلد فان ادعت ببعض المعجل تسمع دعواها وما يمنع المرأة من الدعوى يمنع ورثتها

الاختلاف فاما ان يكون بين الزوجين بأن كان في حياتهما واما ان يكون بين أحد الزوجين وورثة الآخر بأن كان بعد موت أحدهما وإما ان يكون بين ورثتهما بأن كان بعد موت الزوجين وعلى كل فاما ان يكون الاختلاف في أصل التسمية أو في القدر المسمى

فأن كان الاختلاف بين الزوجين في أصل التسمية بأن ادعى أحدهما تسمية قدر معلوم كمائة جنيه مثلا وأنكر الآخر التسمية بالكلية بأن قال لم نسم شيئاً في العقد فلا يخلوا الحال عن أحد أمور أربعة الأول ان يكون الاختلاف بينهما قبل الطلاق وقبل الدخول - الثاني ان يكون قبل الطلاق وبعد الدخول - الثالث ان يكون بعد الطلاق وبعد الدخول - الرابع ان يكون بعد الطلاق وقبل الدخول ففي الثلاثة الاول يكون أحدهما مدعياً وهو من يدعي التسمية والآخر منكراً لها والواجب في هذه الأحوال هو المسمي ان ثبت وان لم يثبت فمهر المثل والقاعدة ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر فان أقام المدعي بينة على دعواه لزم صاحبه ما يدعيه لانه نوّر دعواه بالحجة وان عجز عن إقامة البينة فله تحليف الآخر لانه منكر واليمين عليه فان وجهت اليمين اليه فاما ان يمتنع عنها وأما ان يحلف فان امتنع ثبتت دعوى صاحبه وان حلف انه لم تحصل تسمية أصلا يقضى بمهر المثل لان مدعي التسمية عجز عن اثباتها ومنكرها حلف على نفيها فلم تثبت فترجع الى الاصل وهو مهر المثل لان العادة ان النساء يتزوجن بمهور أمثالهن فيحكم به ولكن لا يحكم به بالغاً ما بلغ بل يشترط ان لا يزيد على ما ادعته المرأة ان كانت هي المدعية للتسمية ولا ينقص عما ادعاه الزوج ان كان هو المدعي لها فاذا فرضنا ان

المرأة هي المدعية لها بأن قالت سمينا المهر مائة وعشرين جنيهاً وحصل ما أوجب الرجوع الى مهر المثل فان كان مهر مثلها مساوياً لما ادعته حكم به وان كان أقل منه بأن كان مائة حكم بها وهو ظاهر وان كان زائداً عليه بأن كان مائة وخمسين جنيهاً حكم بما ادعته أيضاً لانها رضيت بهذا المبلغ فلا يزاد عليه واذا فرضنا ان الزوج هو المدعي لها وهي المنكرة بأن قال سمينا المهر ثمانين جنيهاً وحصل ماأوجب الرجوع الى مهر المثل فان كان مهر مثلها مساوياً لهذا المقدار حكم به وان كان زائداً بأن كان مائة جنيه مثلا حكم بها وان كان أقل بأن كان ستين حكم بثمانين لان الزوج قد اعترف بأن هذا هو الواجب لها فيحكم به بدون نقص

وفي الحالة الرابعة وهي ما اذا كان الاختلاف بعد الطلاق وقبل الدخول ولم تثبت التسمية تجب المتعة لانه تعذر القضاء بنصف المسمى لعدم ثبوته فرجعنا الى مهر المثل وهو لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأوجبنا المتعة ـ انظر مادة (١٠٥)

وان كان الاختلاف بين الزوجين في القدر المسمى (ولا بد من ان الزوجة تدعي الاكثر بأن ادعي الزوج ان المسمى مائة جنيه مثلا وهي تدعي مائتين) فلا يخلو الحال من الصور الاربعة المتقدمة اذ الاختلاف اما ان يكون حال قيام الزوجية سواء كان قبل الدخول او بعده أو بعد الطلاق

(مادة ١٠٥) إذا اختلف الزوجان في اصل تسمية المهر فادعي أحدهما تسمية قدر معلوم وانكر الآخر التسمية بالكليه وليس للمدعي بينة يحلف منكر التسمية فان نكل ثبت ما ادعاه الآخر وان حلف يقضي بمهر المثل بشرط ان لا يزيد على ما ادعته المرأة.

والدخول أو بعد الطلاق قبل الدخول ففي الاحوال الثلاثة الاول لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة . الاول ان يقيم أحدهما بينة - الثاني ان يعجز كل منهما عن اقامة البينة - الثالث ان يقيم كل منهما بينة . فان كان الاول (وهو ما اذا أقام أحدهما بينة) قبلت بينته

وقضى له بما ادعاه سواء كان هو الزوج او الزوجة وسواء كان مهر المثل شاهداً لها أو له أو لم يكن شاهداً لواحد منهما لانه نور دعواه بالحجة اما وجه قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة بمقتضى القواعد الفقهية ولكنها قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية في قبولها وان كان الثاني (وهو ما اذا عجز كل منهما عن اقامة البينة) قال أبو حنيفة ومحمد نجعل مهر المثل حكما بينهما وحينئذ لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة : الاول أن يكون المهر شاهداً لها الثاني أن يكون شاهداً له - الثالث أن يكون مشتركا بينهما

فان كان مهر المثل شاهداً لها بأن كان مائتين كما ادعت أو أكثر كان القول قولها بيمينها لان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه فان حلفت لزم الزوج ما ادعت به وان امتنعت عن اليمين وجب لها ما ادعاه الزوج لان امتناعها اقرار بما ادعاه

وان كان مهر المثل شاهداً له بأن كان مائة كما ادعى او أقل صدق قوله مع يمينه « بالله ما تزوجتها على مائتين » فان حلف لزمه ما أقر به وان

ان كانت هي المدعية ولا ينقص عنها ادعاه الزوج ان كان هو المدعي لها . واذا وقع الاختلاف بينهما بعد الطلاق قبل الدخول حقيقة او حكما تجب لها المتعة

امتنع لزمه ما ادعت به المرأة لان امتناعه عن اليمين بذل أو اقرار

وان كان مهر المثل مشتركا بين ما تدعيه هي وما يدعيه هو اي لا يكون شاهداً لها ولا له بان كان مائة وخمسين تحالفا (أي حلف كل منهما على نفي دعوي صاحبه واثبات دعواه) لان كلا منهما مدع ومنكر اذ الزوج يدعي عليها الاقل من مهر المثل وهي تنكر والزوجة تدعي عليه الزيادة عنه وهو ينكر فاستويا في الانكار والموضوع انه ليس لاحدهما بينة فيتحالفان

وعند التحالف ان حلف واحد وامتنع الآخر حكم على الممتنع بقول من حلف لان امتناعه عن اليمين اقرار بدعوى صاحبه . وان حلف كل منهما حكمنا بمهر المثل ولا نفسخ عقد الزواج لاننا لو حكمنا بقول واحد منهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح وهذا لا يجوز ويبدأ القاضي بيمين الزوج لان اول التسليمين واجب عليه أي أنه يجب عليه تسليم المهر أولا وبعد ذلك يجب على الزوجة تسليم نفسها وقيل يبدأ القاضي بمن شاء منهما

وان كان الثالث (وهو ما اذا أقام كل منهما بينة) فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة الأول أن يكون مهر المثل شاهداً للزوج الثاني أن يكون شاهداً للزوجة الثالث أن يكون مشتركا بينهما فان كان الأول قبلت بينة الزوجة لان الظاهر يشهد للزوج فبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى بالقبول وان كان الثاني قدمت بينة الزوج لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان الثالث فالصحيح أنهما يتهاتران ويحكم بمهر المثل ولا يفسخ عقد الزواج لانهما استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون احداهما أولى من الاخري

وقال أبو يوسف لا نجعل مهر المثل حكما بل القول قول الزوج مع يمينه الا ان يأتى بشيء لا يتعارف مهراً لها لان المرأة مدعية الزيادة وهو ينكرها والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر ولهما أن القول فى الدعاوي قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لان العادة أن المرأة تزوج بمهر مثلها

وقد ورد فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى ٢٧ ذي القعدة سنة ١٣١٧ — ١٠ ديسمبر فى سنة ١٩١٠ مادة ٢٨٠ ان العمل يكون بمذهب ابي يوسف في هذه المسئلة ونصها

يجب أن تكون الاحكام بأرجح الاقوال من مذهب أبى حنيفة وبما دون بهذه اللائحة وبمذهب أبي يوسف عند اختلاف الزوجين في مقدار المهر

وفي الصورة الرابعة وهي ما اذا كان الاختلاف بين الزوجين في مقدار المهر قبل الدخول وبعد الطلاق تجعل متعة المثل حكما بينهما على التفصيل المتقدم فان شهدت لها بان كانت متعة المثل كنصف ماقالت أو اكثر كان القول قولها مع يمينها وان كانت شاهدة له بان كانت كنصف ما قال أو أقل فالقول قوله مع يمينه وان كانت المتعة بينهما تحالفا فان حلفا وجبت متعة المثل . وأيهما أقام بينة قبلت . فان أقاماها فبينتها أولى أن شهدت له المتعة وبينته ان شهدت لها لان البينة شرعت لاثبات خلاف الظاهر .

وعند أبي يوسف القول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتي بشيء لا يصلح وصحح بعضهم أن يتنصف ما ادعاه الزوج ورجحه في الفتح قائلا ان المتعة انما تجب

اذا لم تكن هناك تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج . ويحلف على نفي دعواها الزائد — انظر مادة (١٠٦)

وان كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر بان مات أحدهما وحصل الاختلاف بين الحي منهما وورثة المتوفي فالحكم في هذا كالحكم فيما اذا كان الاختلاف بين الزوجين سواء كان الاخلاف في أصل تسمية المهر أو في قدر المسمى فما عليك الا مراجعة المادتين المتقدمتين ومعرفة الاحكام التي فيهما بالنسبة لاختلاف الزوجين وأجرها على الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر

ولو كان الاختلاف بين ورثتهما بان مات الزوجان واختلفت الورثة فعند أبي حنيفة القول لورثة الزوج سواء كان الاختلاف في القدر أو في اصل المهر فان كان في القدر لزمهم ما اعترفوا به وان كان في الاصل بان ادعى ورثتها المهر وأنكره ورثته فلاشيء عليهم - وعندهما الاختلاف بعد موتهما

(مادة ١٠٦) اذا اختلف الزوجان في قدر المهر حال قيام النكاح قبل الدخول او بعده أو بعد الطلاق والدخول يجعل مهر المثل حكما بينهما فان شهد لها بان كان كما قالت أو أكثر يقبل قولها بيمينها ما لم يقم الزوج بينة على دعواه وان شهد له بأن كان كما ادعي أو اقل يصدق بيمينه ما لم تقم عليه البينة وان كان مهر المثل مشتركاً بينهما لا شاهداً له ولا لها تحالفا فان حلفا أو أقاما البينة وتهاترت البينتان يقضي بمهر المثل. ومن نكل منهما عن اليمين في الصورتين حكم عليه بما ادعاه صاحبه ومن أقام البينة منهما قبلت بينته وقضي له بها . وان اختلفا في قدره بعد الطلاق قبل الدخول تحكم متعة المثل على التفصيل المتقدم

كالاختلاف فى حياتهما فان اختلفا فى القدر قال محمد يحكم مهر المثل وقال أبو يوسف القول لورثة الزوج . وان اختلفا فى الاصل يقضى بمهر المثل اذا كان النكاح ظاهراً الا اذا أقامت ورثته البينة على ايفاء المهر أوعلى اقرارها او اقرار ورثتها به لانه كان ديناً فى ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى — فان علم أن الزوجة ماتت أولا سقط نصيب الزوج من المهر لانه والحالة هذه من ضمن الورثة فيسقط من المهر ما يستحقه بطريق الميراث ويدفع الباقي لورثة الزوجة ـ وان علم انهما ماتا معا أو لم يعلم أيهمامات اولاً أوعلم أن الزوج مات أولا فلا يسقط شيء من المهر بل يقضى كله من تركته لان الزوج في هذه الاحوال لا يرث الزوجة فلا يسقط شيء من المهر

واستدل الامام على قوله بان موت الزوجين يدل على انقراض اقرانهما ظاهراً فبمهر من يقدر القاضى مهر المثل وهذا لأن مهر المثل يقدر بحالها وبحال نساء عشيرتها وموتهما يدل على موت نساء عشيرتها وموت نساء زمانها ظاهراً فلايمكن تقدير مهرها ولانه لو سمعت الدعوى فى ذلك لسمعت من وارث وارث وارث من ماتت فى العصر الاول ان كان نكاحها ظاهراً مشهوراً فى زماننا ولهذا احتج ابو حنيفة قائلا أرأيت لو ادعت ورثة أم كلثوم بنت على رضى الله تعالى عنهما على ورثة عمر رضى الله تعالى عنه أ كنت اسمع البينة فى ذلك وأقضى فيه بشيء وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل ولان القضاء به يؤدى الى استيفاء مهر المثل مراراً لان النكاح يثبت بالاستفاضة والشهرة فيقضى بمهر المثل ثم يأتى قوم آخرون فيدعون

ذلك فيقضى بمهر المثل ثم وثم فيتسلسل الى آخر الدهر ـ وهذا يدل على أن المسئلة مصورة في التقادم فلو كان العهد قريباً قضي به ويدل أيضاً على انه لو أقيمت البينة على المهر قضي به على ورثة الزوج وهو مسلم فقد نقل عن أبي حنيفة انه قال لا اقضى بشيء حتى يثبت بالبينة أصل التسمية وبهذا اندفع ما علل به بعضهم مذهب الامام من أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب بغير شرط يشبه النفقة والصلة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط بموت أحدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فسقط بموتهما فانه يقتضى أنه لا تسمع البينة عليه بعد موتهما لسقوطه أصلا والمنصوص عن الامام خلافه كما علمت ـ والفتوى في هذا المقام على قول الصاحبين ـ انظر مادة (١٠٧)

فقد بان لك مما تقدم ان الاختلاف سواء كان بين الزوجين أو بين الورثة تارة يكون قبل تسليم المرأة نفسها للزوج وتارة يكون بعد التسليم وانه يقضى بجميع مهر المثل في كل الاحوال التي يكون المهر فيها مستحقاً ولكن هل تأخذ المرأة أو ورثتها جميع المقضى به أو بعضه . إن كان الاختلاف قبل تسليم المرأة نفسها للزوج استحق كل المقضى به وان كان بعد التسليم سواء كان وقوعه في

(مادة ١٠٧) موت أحد الزوجين كحياتهما في الحكم أصلا وقدراً فاذا مات أحدهما ووقع الاختلاف بين ورثته وبين الحي في أصل المهر أو في قدره يحكم على الوجه المتقدم في المادة السابقة فاذا مات الزوجان واختلفت ورثتهما في قدر المهر المسمى فالقول لورثة الزوج ويلزمهم ما يعترفون به وان اختلفوا في أصل التسمية يقضى بمهر المثل على ورثة الزوج ان جحدوا التسمية ونكلوا عن اليمين وكذلك اذا اتفقوا على عدم التسمية في العقد

حياتهما أو بعدموتهما اوموت أحدهمافان لم يدع الزوج أو ورثته ايصال شيء من المهر الى الزوجة أو ورثتها استحق كل المقضى به ايضاً وان ادعى الزوج أو ورثته ذلك وقد جرت عادة أهل البلد بان المرأة لا تسلم نفسها الا بعد قبضها شيئاً من مهرها فحينئذ يقال لها لا بدأن تقري بما وصلك معجلا والا قضينا عليك بالمتعارف فان أقرت بأنها قبضت شيئاً معلوماً وصادقها الزوج أو الورثة على ذلك سقط هذا المقدار من مهر المثل واستحق الباقي منه وان لم تقر بما وصلها معجلا يقضى عليها باسقاط قدر ما يتعارف تعجيله لمثلها ويعطى لها الباقي — فان كان هناك اتفاق على القدر المسمى وانما الخلاف في أنه هل وصل اليها شيء او لم يصل فهذا ظاهر اذ يقضى باسقاط النصف أو الثلثين مثلا على حسب ما يتعارف تعجيله لمثلها ويعطى لها الباقي منه

. وان لم يكن بينهما اتفاق على ذلك فان كان الاختلاف في أصل التسمية والمنكر هم ورثة الزوج فلها بقية مهر المثل وان كان الاختلاف في القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل. وهذا اذا كان حال حياة الزوجين او بعد موت أحدهما فان كان بعد موتهما فان كان الاختلاف في القدر فالقول لورثة الزوج ويلزمهم ما يعترفون به وان كان في الاصل بان ادّعى ورثتها المسمى وانكره ورثته فلا شيء عليهم ولا يخفى عليك ان هذا مذهب الامام. والصاحبان يخالفان والفتوى على قولهما فراجع ذلك وأعرفه من شرح المادة السابقة — انظر مادة (١٠٨)

(مادة ١٠٨) انما يقضي بجميع مهر المثل للمرأة في الصور المتقدمة اذا وقع الاختلاف قبل تسليمها نفسها فان وقع الاختلاف بعد التسليم سواء كان وقوعه في حياتهما أو بعد موتهما أو احدهما وادعي الزوج أو ورثته ايصال شيء من المهر اليها وقد جرت عادة أهل البلد بان المرأة لا تسلم نفسها الا بعد قبض شيء من مهرها تقرر بما وصلها

وكل هذه الأحكام بعد حصول العقد فان كان قبله فالأحكام هى الآتية

فاذا طلق رجل امرأته وانفق عليها غيره وهي فى العدة على طمع أن يتزوجها اذا انقضت عدتها . فاما أن تتزوجه بعد انقضاء العدة واما أن تمتنع عن ذلك فان تزوجته فلا يأخذ منها شيئاً من المصاريف التي صرفها سواء كانت نقوداً أو أطعمة لأنه أنفق لغرض مخصوص وقد حصل على مقصوده فلا يرجع بشيء . وان امتنعت عن تزوجه بعد انقضاء عدتها فاما أن يشترط عليها التزوج أولا يشترطه فان اشترط عليها فاما ان يكون ارسل اليها اشياء لتنفق على نفسها منها واما ان يكون أرسل اليها طعاماً مهيأ للأكل أو أكلت معه مما يأكل فان كان الاول رجع به لانه ما أعطاها هذا الشيء الا لغرض مخصوص فاذا لم يحصل على غرضه استرد ما أعطاه فكأنها هبة فى مقابلة عوض ولم يحصل فله حق الرجوع فيها . وان كان الثانى فلا يرجع لانه ليس بتمليك وانما هو اباحة اذ الشخص المقدم له طعام من عند غيره يستهلكه على ملك صاحبه لا على ملك نفسه وأيضاً لا يعلم قدره — وان لم يشترط عليها التزوج بها بعد انقضاء عدتها فلا يأخذ منها شيئاً لانه انما انفق على قصده لا على شرطه وبعضهم يقول يرجع في هذه الحالة لان المعروف كالمشروط

معجلا فان لم تقر به يقضى عليها باسقاط قدر مايتعارف تعجيله لمثلها ويعطي لها الباقى منه ان حصل اتفاق على قدر المسمى والا فان أنكر ورثة الزوج أصل التسمية فلها بقية مهر المثل وان انكروا القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل وبعد موتهما القول في قدره لورثة الزوج

وهذا هو الظاهر انظر مادة (١٠٩)

واذا خطب الرجل امرأة غير معتدة لغيره وبعث اليها بهدية أو دفع اليها كل المهر أو بعضه وامتنعت عن تزوجه ان كانت كبيرة او امتنع وليها من ذلك أو ماتت هي قبل عقد الزواج فاراد الزوج أن يسترد ما أعطاه وامتنعت هي او وليها من ذلك يحكم للزوج باسترداد ما دفعه على أنه من المهر سواء كان موجوداً أو غير موجود فان كان قائماً أخذه نفسه ولو تغير ونقصت قيمته بالاستعمال وان كان هالكاً أو مستهلكاً أخذ عوضه وهو مثله ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً وانما رجع بالمهر مطلقاً لانه معاوضة ولم تتم فجاز الاسترداد وأما ان كان هدية فله استردادها ان كانت أعيانها موجودة فان هلكت أو استهلكت فليس له استرداد قيمتها لانها كالهبة المشروطة بالعوض وهو التزوج فاذا لم يحصل العوض يرجع الواهب في هبته ان لم يكن هناك مانع من الرجوع وهلاك الشيء واستهلاكه من ضمن الموانع من الرجوع في الهبة

ومن هذا نعلم حكم ما يقع كثيراً في زماننا من أن الرجل يخطب امرأة ثم يأخذ يكسوها ويهدي اليها في الاعياد أو يعطيها دراهم للنفقة أو المهر الى ان يكمله لها طمعا في العقد عليها ليلة الزفاف فانها ان ابت ان تتزوجه يرجع عليها بغير الهدية الهالكة لان ذلك مشروط بالتزوج — ولو كان هناك قول يقول بالرجوع مطلقاً اذا كان سبب العدول غير نهري لكان وجيها أيضاً لان المعطي

(مادة ١٠٩) اذا أنفق الخاطب على معتدة الغير وابت أن تتزوجه بعد انقضاء عدتها فان اشترط عليها التزوج بها فله حق الرجوع بما دفعه اليها من النقدين للانفاق على نفسها وان لم يشترط التزوج بها فلا رجوع له بشيء وكذلك اذا تزوجته وأما الاطعمة التي اطعمها فلا يرجع بقيمها ولو اشترط عليها تزويج نفسها منه

ليس هبة حقيقة بدليل قولهم كالهبة فلا يأخذ حكمها من كل وجه

وقال ابن عابدين لم أر حكم ما لومات هو أوأبى فليراجع . وبعد المراجعه في عدة كتب لم أجد نصا في ذلك فلا أدرى أى كتاب أنى المؤلف بالحكم فيها لانه قال أو عدل هو مع أن الظاهر انه لا يرجع في الهدايا مطلقاً لانها وان كانت كالهبة بشرط العوض ولم يحصل الا ان عدم حصوله آت من جهته هو بل لو قيل في المهر كذلك لما عدم نصيباً من التوجيه اذا لم يكن مضطراً في الامتناع لان المنع ليس من المخطوبة او وليها بل المنع من جهته وان فرق بين موته وابائه كان حسناً ومع كل ذلك فراجع لعلك تظفر بالنص

وفي البحر ما يؤيد هذا البحث فان فيه في الجزء الثالث في صحيفة (١٩٩) ما نصه ـ الثانى لو خطب ابنة رجل فقال أبوها ان نقدت الى المهر كذا ازوجها منك ثم بعد ذلك بعث بهدايا الى بيت الاب ولم يقدر على أن ينقد المهر فلم يزوجه فأراد الرجوع قالوا ما بعث للمهر وهو قائم أو هالك يسترده وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم فأما الهالك والمستهلك فلا شيء فيه . اه ـ فهذا يفيد أن المنع آت من قبل الزوج بلا اختياره بدليل قوله ولم يقدر على أن ينقد المهر فانه ربما يفهم منه انه لو كان قادراً على دفع المهر وامتنع لم يثبت له الرجوع وبالجملة فاني لم أر نصاً صريحاً في ذلك ـ انظر مادة (١١٠)

(مادة ١١٠) اذا خطب رجل امرأة وبعث اليها بهدية او دفع اليها المهر كله أو بعضه ولم تتزوجه او لم يزوجها وليها منه أو ماتت او عدل هو عنها قبل عقد النكاح فله استرداد ما دفعه من المهر عيناً إن كان قائماً ولو تغير ونقصت قيمته بالاستعمال او عوضه ان كان قد هلك أو استهلك واما الهدايا فله استردادها ان كانت قائمة اعيانها فان كانت قد هلكت او استهلكت فليس له استرداد قيمتها

واذا تزوج رجل امرأة وبعث اليها شيئاً سواء كان هذا الشيء من من الذهب والفضة او من العروض كالحرير والصوف والكستور او خاتماً من الماس . أو كان مما يؤكل سواء كان مهيأ للأكل كخبز ولحم مشوي اوغير مهيأ للأكل كالحنطة واللوز والدقيق والسكر والبن لم يذكر الزوج وقت ارساله أنه من المهر ولا من غيره سواء كان هذا الارسال قبل أن تزف اليه الزوجة أو بعد الزفاف ثم حصل خلاف بين الزوجين فقال الزوج أرسلته على أنه من المهر وقالت الزوجة لا بل هو هدية فينظر الى العرف فان كان عرف أهل البلد جاريا بارسال الشيء المتنازع فيه على أنه من المهر فالقول قول الزوج بيمينه لان الظاهر يشهد له وهو يسعى فى اسقاط ما فى ذمته ولانه هو المملك فهو أعرف بجهة التمليك كما اذا قال رجل لآخر اودعت عندك هذا الشيء وقال الآخر لا بل وهبته لى كان القول قول من يدعي الوديعة . وان كان العرف جاريا بارسال مثل الشيء المتنازع فيه هدية فالقول قول المرأة بيمينها لان الظاهر يشهد لها وعلى أننا بنينا الحكم على العرف فلا يمكننا أن نقول أن القول قولها فيما اذا كان المرسل فواكه مثلا والقول قوله فيما اذا كان ثياباً لان ذلك يختلف باختلاف البلاد والازمان . فالحكم يختلف بالنسبة للبلد والزمن والزوج فلا بد من ان القاضى ينظر ويحكم حسب العرف الجارى

فان حلف الزوج ان ما أرسله اليها من المهر فاما أن يكون المبعوث موجوداً أو غير موجود بان كان هالكا أو مستهلكا فان كان موجوداً خيرت الزوجة بين أمرين الاول ان تبقيه محسوباً من المهر وترجع على الزوج بالباقى ان لم يف بالمهر فان وفى به فلا رجوع . الثاني أن ترده على الزوج وترجع

بباقي المهر ان كانت أخذت منه شيئاً غيره اوترجع بكله ان لم تكن اخذت منه شيئاً لانه عوض عن المهر فلا ينفرد به الزوج فلا بد من رضاها وهي لم تأخذه على أنه من المهر بل على أنه هدية كما ادعت ذلك

وان كان هالكاً أو مستهلكاً فلا يمكنها أن ترده على الزوج لكن ان كان مثلياً فلها أن ترد مثله على الزوج وتأخذ المهر وان كان قيمياً تحتسب قيمته من المهر فان بقي لاحدهما بعد ذلك شيء يرجع به على الآخر وهذا كله اذا لم يكن المبعوث من جنس المهر فان كان من جنسه وقع التقاص كما لا يخفى . فان أقام أحدهما بينة قبلت بينته لأنه نور دعواه بالحجة وان أقام كل منهما بينة قدمت بينتها لان البينات شرعت لاثبات خلاف الظاهر والظاهر يشهد له اذ هو يسعى في اسقاط ما في ذمته

فان ذكر وقت الدفع جهة أخرى غير المهر بان قال اصرفوا بعض هذه الدنانير الى الشمع وبعضها الى الحناء فلا يقبل قوله انه من المهر لانه صرف الى الجهة التي عينها فلا يتأتى صرفه لغيرها لان الظاهر يشهد لها

ولو ادعت المرأة أن المبعوث من المهر وقال هو وديعة فان كان من جنس المهر فالقول لها وان لم يكن من جنس المهر فالقول له بشهادة الظاهر

ولو بعث الى امرأته شيئاً وبعث اليه أبوها شيئاً ثم قال هو من المهر فلأبيها أن يرجع بما بعث ان كان من مال نفسه وكان قائماً وان كان من مال البنت باذنها فلها الرجوع أيضاً لانه عوض عن الهبة وهذا ظاهر اذا كان ما بعث الى الزوج بعد بعثه فان كان قبل ارساله فلا رجوع لانه هبة من الزوجة للزوج

واذا تزوج رجل امرأة وبعث اليها بهدايا وأعطته المرأة فى مقابلتها عوضاً ثم زفت اليه ثم فارقها وقال ان مابعثته اليك عارية وأراد أن يسترد ذلك وارادت المرأة أن تسترد العوض فالقول له في الحكم لانه أنكر التمليك فاذا استرد ذلك منها كان لها أن تسترد ما عوضته فاذا ادعى الزوج أن المرسل من الكسوة وقالت هو هدية فالقول قوله والبينة بينتها — انظر مادة (١١١)



(مادة ١١١) اذا بعث الزوج الى امرأته شيئاً من النقدين أو العروض أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد البناء بها ولم يذكر وقت بعثه انه من المهر ولاغيره ثم اختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هو هدية فالقول له بيمينه فيما لم يجر عرف أهل البلد بارساله هدية للمرأة ولها فيما جرى به . فان حلف الزوج والمبعوث قائم فهي بالخيار ان شاءت أبقته محسوباً من مهرها وان شاءت ردته ورجعت بباقي المهر او كله ان لم يكن دفع لها شيئاً منه وان هلك أواستهلك تحتسب قيمته من المهر وان بقي لاحدهما بعد ذلك شيء يرجع به على الآخر وان اقاما البينة فبينتها مقدمة

﴿ الفصل الثامن ﴾

(في الجهاز ومتاع البيت والمنازعات التي تقع بشأنهما)

اعلم أن المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا معارض لها ان كانت رشيدة فليس للزوج معارضتها في التصرفات التي تتصرفها في المهر وليس له أن ينتفع بشيء مما اشتري به الا برضاها وحينئذ فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من المهر ولا غيره ان كانت رشيدة ولا يجبر أبوها على ذلك ان كانت غير رشيدة لان الغرض من الزواج التناسل لا المال ويترتب على ذلك ان الزوجة اذا زفت الى زوجها بلا جهاز أصلا أو بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء من المهر ولا تنقيص شيء منه بعد الاتفاق بل يلزم بدفع المتفق عليه وان بالغ في المهر رغبة في كثرة الجهاز. وبعضهم يقول اذا زفت اليه بلا جهاز اصلا فله مطالبة الاب اومطالبتها بما بعث من الدنانير والدراهم وان كان الجهاز قليلا فله المطالبة بما لا يليق بالمبعوث يعني اذا لم تجهز بما يليق بالمبعوث فله استرداد ما بعث والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها الا اذا سكت بعد الزفاف زمانا يدل على رضاه فليس له أن يخاصم بعد ذلك وان لم يتخذ له شيء والمعتبر في طول الزمن وقصره العرف ويظهر من كلامهم ترجيح الاول - انظر مادة (١١٢)

(مادة ١١٢) ليس المال بمقصود في النكاح فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله فلو زفت بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه الزوج أو بلا جهاز اصلا فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء منه ولا تنقيص شيء من مقدار المهر الذي تراضيا عليه وان بالغ الزوج في بذله رغبة في كثرة الجهاز.

فان اشترى الاب بالمهر جهازاً لابنته كما هي العادة الجارية فلا كلام في أنها تملكه بمجرد الشراء اذ هو بدل ما تملكه وهو المهر واما ان اشترى شيئاً من مال نفسه لجهازها ايضاً فاما أن يصرح وقت الشراء بانه يشتريه على ذمتها أولا يصرح فان صرح بذلك فاما أن تكون البنت كبيرة أو صغيرة فان كانت كبيرة فلا يخلو الحال من أحد امور ثلاثة الاول أن يكون الشراء والتسليم حصلا في حال صحته الثاني أن يكون الشراء حال الصحة والتسليم حال المرض الثالث أن يكون كل منهما حال المرض . فان كان الاول ملكته بالقبض فليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته بعد موته استرداد شيء منه اصلاً الا برضاها لانه صار ملكا لها ولا يجبر أحد على اعطاء ملكه لغيره فلو فرض ان الاب مات في هذه الحالة قبل أن يدفع ثمن الجهاز فالدائن يأخذ ثمنه من التركة ويقسم ما بقي منها بعد قضاء هذا الدين بين الورثة ومنهم البنت بدون ان يسقط من نصيبها شيء في مقابلة ثمن الجهاز

وان كان الثاني أو الثالث فاما أن تجيز الورثة هذا التمليك اولا فان اجازته ملكته أيضاً لان هذا حقهم وقد اسقطوه فلا اعتراض عليهم متي كان كل منهم أهلا للتمليك وان لم يجيزوه فلا تملكه بل يكون من ضمن التركة فيأخذ كل من الورثة حقه فيه لان التمليك والحالة هذه هبة للوارث حال المرض فتعتبر وصية ولا وصية لوارث الا باجازة بقية الورثة

ولا يقال أن هناك صورة رابعة وهي ما اذا كان الشراء حال المرض والتسليم في حال الصحة لأنا نقول ان الغرض من المرض هو مرض الموت اي المرض الذي يعقبه الموت فاذا صح من المرض الذي حصل فيه الشراء

فلا يقال انه مريض مرض الموت وحينئذ فلو حصلت هذه الصورة ملكته بالتسليم فتكون كالصورة الاولى ـ انظر مادة (١١٣)

وان كانت البنت صغيرة ملكته بمجرد الشراء في الصورة الاولى والثانية سواء قبضته بنفسها وهي مميزة في حال صحته اوفى مرض موته اولم تقبضه في حياته فليس له مادام حياً ولا لورثته بعد موته اخذ شيء منه والحالة هذه لانه صار مملوكا لها بمجرد الشراء فلو مات الاب قبل أن يدفع الثمن فللبائع اخذ ثمنه من التركة ويقسم الباقي منها على الورثة وليس لهم أن يسقطوا من نصيب البنت شيئاً في مقابلة ثمن هذا الجهاز

وفي الصورة الثانية ان أجازت الورثة ملكته لان كلاً منهم أسقط حقه فيه فيسقط متى كان أهلا للاسقاط وان لم تجز فلا تملكه وحينئذ يكون من ضمن التركة فيأخذ كل من الورثة نصيبه منه

فظهر مما تقدم أنه متى كان الشراء والتسليم حال الصحة ملكته البنت سواء كانت كبيرة أو صغيرة ومتى كان كل منهما حال المرض فلا تملكه مطلقاً واما لو كان الشراء في حال الصحة والتسليم في حال المرض ملكته الصغيرة لا الكبيرة والفرق بينهما أن الاب له الولاية على أموال بنته الصغيرة فيده قائمة مقام يدها فبمجرد الشراء على ذمتها انتقل الملك لها وصار تحت يد الاب كباقي أموالها بخلاف الكبيرة فان لها الولاية على مال نفسها فليست يد

(مادة ١١٣) اذا تبرع الاب وجهز بنته الصغيرة من ماله فان سلمها الجهاز في حال صحته ملكته بالقبض وليس لا بيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شيء منه وان لم يسلمه اليها فلا حق لها فيه ولو سلمه اليها في مرض موته فلا تملكه الا باجازة الورثة

أبيها كيدها فلا تملك ما تبرع به الاب اليها الا بوضع يدها عليه . ومثل الجهاز في كل الاحوال المتقدمة غيره . ـ انظر مادة (١١٤)

وبما أنك قد علمت مما تقدم ان المهر ملك للمرأة وليس لأحد فيه حق فاذا جهزها أبوها به كله فلا كلام واما ان جهزها ببعضه فلها الحق في مطالبته بما بقي منه سواء كان قليلا أو كثيراً ويجبر على دفعه لها ـ انظر مادة (١١٥)

واذا ثبت ان المهر ملك للمرأة فالجهاز الذي اشتري به ملكها أيضاً وحدها لانه مقابل ملكها وحينئذ فلا حق للزوج في أخذ شيء منه ولا الانتفاع به الا برضاها فليس له أن يجبرها على فرش أمتعتها في بيته سواء كان له أو لغيره فلو رضيت بذلك ثبت له هذا الحق لان الشخص له أن يملك غيره عين ما يملكه او منفعته سواء كان بعوض أو بغير عوض فلو فرض أن الزوج طلب من زوجته فرش أمتعتها في بيته وامتنعت فاخذها قهراً واستعملها كان غاصباً اي واضعاً يده على ملك غيره بلا حق شرعي ويترتب على غصبه لها أن الزوجة لها الحق في استردادها ما دامت موجودة فان هلكت بنفسها أو استهلكها أحد وهي عنده فلها الحق في مطالبته بقيمتها سواء كان حال قيام الزوجية او بعدها لان يد الغاصب يد ضمان أي أن المغصوب يكون مضموناً

(مادة ١١٤) اذا اشترى الاب من ماله في صحته جهازاً لبنته القاصرة ملكته بمجرد شرائه سواء كانت قبضته بنفسها وهي مميزة في حال صحته او في مرض موته أو لم تقبضه في حياته وليس له ولا لورثته أخذ شيء منه ولو مات قبل دفع ثمنه يرجع البائع على تركته ولا سبيل للورثة على القاصرة

(مادة ١١٥) اذا جهز الاب بنته من مهرها وقد بقي عنده شيء منه فاضلا عن تجهيزها فلها مطالبته به

عليه مالم يردّه الى يد المغصوب منه سالماً - انظر مادة (١١٦)

هـذا اذا صرح الاب وقت شراء الجهاز بانه مملوك لبنته وأما اذا لم يصرح وقت شرائه الجهاز من مال نفسه لبنته بأنه ملك لهـا اوكان هـذا الشيء موجوداً عنده قبل تزوجها وسلمها الى الزوج بهذا الجهاز ثم بعد ذلك اراد استرداده منها مدعياً انه اعطاه لها على سبيل الانتفاع لا التمليك وحينئذ يكون عارية فله الحق في اخذه منها متى اراد وهى تنكر ذلك وتدعى ان الاعطاء كان على سبيل تمليك نفس الجهاز لا الانتفاع به فقط فليس لك حق في استرداده فان اقام احدهما بينة على دعواه حكم له لانه نوّر دعواه بالحجة وان لم يقم احدهما بينة نرجع الى المتعارف بين الناس اذ هو الذي يرجح دعوى احدهما فان غلب عرف البلد ان الاب يدفع مثل هذا جهازاً لا عارية فالقول لها بيمينها لان الظاهر يشهد لها وان غلب العرف ان الاب يدفعه عارية فالقول للاب بيمينه وان كان العرف مشتركا فالقول للاب لانه المعطى فجهة الاعطاء لا تعلم الا منه فكان القول له بيمينه وليس هناك ما يكذب دعواه قطعاً اذ الموضوع ان العرف مشترك ومثل هـذا ما اذا كان الجهاز الذى يدعي انه عارية اكثر مما يجهز به مثلها فان القول له بيمينه

ولو مات الاب وادعت الورثة ان هذا الجهاز عارية ويقصدون بذلك انه من ضمن التركة لانه لم يخرج عن ملك مورثنا فيأخذ كل مناحقة فيه ولا

(مادة ١١٦) الجهاز ملك المرأة وحدها فلا حق للزوج في شيء منه وليس له ان يجبرها على فرش أمتعتها له ولا ضيافه وانما له الانتفاع بها باذنها ورضاها ولو اغتصب شيئاً منه حال قيام الزوجية أو بعدها فلها مطالبته به أو بقيمته ان هلك أو استهلك عنده

تختص به البنت وأنكرت البنت ذلك قائلة انه ملكي لا يزاحمني فيه غيري فأستوفي نصيبي من التركة بدون أن يسقط شيء منه في مقابلة هذا الجهاز لان ابي ملكه لي حال حياته كان الحكم كما لو كان الاب موجوداً وادعي أنه عارية

ولو ماتت الزوجة وادعي الاب ما تقدم يقصد أن هـذا ليس ملكاً لبنتي فلاحق للزوج في الارث منه والزوج يدعي أنه ملكه لها حال حياتها فيكون تركة فلي الحق في أخذ نصيبي منه كان الحكم كما تقدم ايضاً

ومثل هـذا ما اذا ماتت البنت والاب واختلفت الورثة والزوج في التمليك والعارية .

وكل ما تقدم مقيد بغير ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي والثياب فان الكثير منه أو الاكثر عارية فلو ماتت ليلة الزفاف لم يكن للزوج ان يدعي انه لها فيرث منه بل القول فيه للاب انه أعارها أو استعاره ولكن بالتأمل نرى أن هذا خارج من اول الامر لان هذا ليس من الجهاز عرفاً . والام والجد في جميع الاحكام المتقدمة كالاب بخلاف الولي غير الاب والجد لعدم جريان العرف بذلك فان جرى العرف بأنه يجهز الصغيرة كان الحكم كما تقدم أيضاً

ولو دفعت الام في تجهيزها لابنتها أشياء من أمتعة الاب بحضرته وعلمه وهو ساكت وزفت الى الزوج فليس للاب أن يسترد ذلك من البنت لجريان العرف وكذا لو أنفقت الام في جهاز ابنتها ما هو معتاد والاب ساكت لا تضمن الام لان السكوت هنا كالنطق — انظر مادة (١١٧)

(مادة ١١٧) اذا جهز الاب بنته وسلمها الى الزوج بجهازها ثم ادعي هو —

وكل ما تقدم انما هو بالنسبة للاختلاف فى المهر فان وقع الاختلاف فى المتاع الموضوع في البيت فاما أن يكون الاختلاف بين الزوجين سواء كان حال قيام الزوجية او بعد حصول الفرقة بينهما او بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثة كل منهما وعلى كل من هذه الاحوال الثلاثة فاما أن يكون المتاع المتنازع فيه صالحاً للزوج أو صالحاً للزوجة أو صالحاً لهما

فان كان الاختلاف بين الزوجين في المتاع الموجود فى البيت الذى يسكنانه سواء كان البيت ملكاً للزوج أو للزوجة أو ملكاً لغيرهما والزوج مستأجره من المالك بأن ادعى كل منهما أن المتاع ملك له فان اقام أحدهما بينة على دعواه قبلت وحكم له به ولو كان الشيء المتنازع فيه مما يصلح للآخر لانه نوّر دعواه بالحجة

وان لم يقم أحدهما بينة ينظر الى الشيء المتنازع فيه هل هو صالح للرجل او صالح للمرأة أو صالح لكل منهما فان كان صالحا للرجل وحده كالثياب الخاصة به حكم له بيمينه لان الظاهر يشهد له وان كان صالحا للمرأة فقط كالثياب الخاصة بها والاساور والحلى حكم لها بيمينها لان الظاهر يشهد لها

وان كان صالحا للاثنين كالاسرّة والاوانى حكم للزوج به لانه صاحب اليد اذ المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد فى الدعاوي

أو ورثته ان ما سلمه اليها أو بعضه عارية وادعت هي أو زوجها بعد موتها انه تمليك لها فان غلب عرف البلد أن الاب يدفع مثل هذا جهازا لاعارية فالقول لها ولزوجها مالم يقم الاب أو ورثته البينة على ما ادعوه وان كان العرف مشتركا بين ذلك أو كان الجهاز اكثر مما يجهز به مثلها فالقول قول الاب وورثته والام في ذلك كالاب

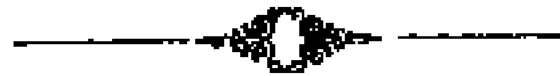
بخلاف ما يختص بالمرأة لان ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها فيتعارضان فيترجح الاستعمال من جهتها

وهذا اذا لم يكن الشيء المتنازع فيه من البضائع التجارية فان كان منها فهو لمن يتعاطى التجارة منهما سواء كان هو الزوج أو الزوجة انظر مادة(١١٨)

وان مات أحد الزوجين ووقع النزاع بين الحي منهما وورثة الآخر بأن كان كل منهما يدعي ملكية هذا الشيء فايهما أقام البينة حكم له بها لانه أثبت دعواه فان لم يقم أحدهما بينة فمايصلح للرجل وحده حكم له به أو لورثته ان كان هو المتوفي وما يصلح للمرأة حكم لها به أو لورثتها ان كانت هي المتوفاة وما هو صالح للرجال والنساء قال ابوحنيفة يحكم به للحي منهما سواء كان هو الزوج او الزوجة وقال أبو يوسف يدفع للمرأة في المشكل ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته وقال محمد ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج وقوله هذا لا يختلف بين أن يكون فى حياتهما او بعدموت احدهما ـ فحاصله انهم اتفقوا على أن مايصلح لاحدهما فهو له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهمافابوحنيفة جعله للزوج فى حالة حياتهما وللحي منهما في حال موت أحدهماومحمدجعله للزوج فى الحالتين وأبو يوسف جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها فى الحالتين

(مادة ١١٨) اذا اختلف الزوجان حال قيام النكاح او بعد الفرقة في متاع موضوع في البيت الذى يسكنان فيه سواء كان ملك الزوج أو الزوجة فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة الا أن يقيم الزوج البينة وما يصلح للرجال او يكون صالحا لهمافهوللزوج ما لم تقم المرأة البينة وأيهما اقامها قبلت منه وقضي له بها ولوكان المتاع المتنازع فيه ممايصلح لصاحبه . وما كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطي التجارة منهما

لانها تأتي بجهاز عادة فكان الظاهر شاهداً لها وهو أقوي من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارضة فى الباقى فيعتبر لهما في الاستواء بين الحالتين الا أن الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم فى المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل — ولابى حنيفة رحمه الله ان يد الحي منهما أسبق الى المتاع لان الوارث تثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال بل هو أولى لان لليد رجحاناً مطلقاً ولذا يرجح به في غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد الحي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل — وان حصل الاختلاف بين ورثة الزوجين فالظاهر أنه كالاختلاف بين الزوجين لان ورثة كل منهما يقومون مقامه ولم اره فان وجدت نصاً فاعمل به وهذا الموضوع يحتاج الى فطنة القاضى وذكائه والتحرى بقدر الامكان لانه مشكل والفصل فيه صعب جداً ولذا تشعبت فيه الآراء وكثرت المذاهب — انظر مادة(١١٩)



(مادة ١١٩) اذا مات احد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت فالمشكل الذى يصلح للرجل والمرأة يكون للحي منهما عند عدم البينة

البـــاب الثامن

(فى نكاح الكتابيات وحكم الزوجية بعد اسلام الزوجين او احدهما)

(الفصل الاول)

(في نكاح المسلم الكتابيات)

اعلم انه يجوز للمسلم أن يتزوج من هي مقرة بدين سماوى سواء كانت نصرانية او يهودية وسواء كانت ذمية أو مستأمنة او حربية وان كان يكره تزوج الحربية فان لم تكن مقرة بدين سماوى كالمجوسية والوثنية فلا يجوز للمسلم تزوجها وقد تقدم لك شرح هذا المقام فى مادة (٣١ و٣٢) بما لا مزيد عليه فارجع اليه ان شئت وقد علمت من مادة (٣٩) انه لا ولاية للمسلم على غير المسلم الا اذا كان صاحب ولاية عامة كالسلطان وحينئذ فان كانت الكتابية بالغة عاقلة فهى التي تزوج نفسها بلا توسط ولى وان كانت صغيرة او كبيرة غير عاقلة فالذي يتولى عقد زواجها هو وليها الكتابي فلو كان لبنت صغيرة اخوان احدهما مسلم والآخر ذمي وهي كتابية كانت الولاية عليها فى مالها وفى تزويجها لاخيها الذمي لا للمسلم فليس لاخيها المسلم تزويجها لانه لا ولاية له عليها ولكن عند ما يتزوج مسلم كتابية لا يشترط أن يكون الشاهدان مسلمين بل يصح ان يكونا كتابيين سواء كان دينهما موافقا لدينها

اومخالفاً له فان تزوج مسلم بغير مسلمة واستمر الزوجان على هذا العقد بلا نزاع فيها وأما اذا حصل النزاع فى أصل العقد بان ادعى عليها الزواج وهي تنكر واقام عليها البينة وهي الكتابيان اللذان حضرا العقد قبلت شهادتهما عليها وحكم بثبوت الزوجية لقبول شهادة الكتابى على مثله وان كانت هى المدعية وهو المنكر فلا تثبت الزوجية بشهادة الكتابيين لان شهادة الكتابى على المسلم غير مقبولة ولا تنافي بين صحة العقد بحضورهما وعدم ثبوته بشهادتهما اذ الصحة غير الثبوت عند النزاع وانما جاز تزوج الكتابية لقوله تعالى (والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم) ـ انظر مادة (١٢٠)

وتزوج الكتابية جائز ولو كان من تزوجها متزوجاً بمسلمة كما أنه يجوز للمتزوج كتابية التزوج بمسلمة فاذا حصل الجمع بينهما فلا يفضل المسلمة على الكتابية بشيء ما لان كلا منهما زوجته فيعدل بينهما في كل ما يقدر عليه ـ أنظر مادة (١٢١)

ولا يتوهم من صحة زواج المسلم الكتابية ان الكتابى يجوز له تزوج المسلمة فان المسلمة لا تتزوج الا مسلماً فلا يجوز تزوجها بمشرك وهو من أشرك مع الله غيره ولا كتابياً سواء كان يهودياً أو نصرانياً ولو فرض ان تزوجت المسلمة بغير المسلم كان العقد باطلا لقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين

(مادة ١٢٠) يصح للمسلم ان يتزوج كتابية نصرانية كانت أو يهودية ذمية أو غير ذمية وان كره — ويصح عقد نكاحها بمباشرة وليها الكتابي وشهادة كتابيين ولو كانا مخالفين لدينها — ولا يثبت النكاح بشهادتهما اذا جحده المسلم ويثبت بها اذا أنكرته الكتابية

(مادة ١٢١) يصح نكاح الكتابية على المسلمة والمسلمة على الكتابية وهما في القسم سيان

حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم) لان الرجل مستفرش للمرأة فلا يجوز أن يكون أقل منها في الاعتقاد اذ المسلمة تعتقد ما يعتقده الكتابي وزيادة لانها تقر بالرسول الذى يقر به وبما جاء به من عند الله تعالى وبسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وهو لا يقر الا بالرسول الذى هو متبعه فلو اعتقد ما تعتقده هي جاز التزوج ـ أنظر مادة (١٢٢)

فان استمرت الكتابية التي تزوجها المسلم على دينها فبها وان خرجت عن هذا الدين الى غيره فان كان الدين الذي انتقلت اليه سماويا ايضاً استمر العقد صحيحاً لانه يجوز للمسلم أن يتزوجها ابتداء لو كانت متدينة بالدين الذي انتقلت اليه فن باب أولى استمرار العقد على الصحة فاذا تزوج المسلم نصرانية فتهودت أو يهودية فتنصرت فلا يفسد النكاح لانه يجوز ان يتزوج يهودية او نصرانية ابتداء فبقاء من باب أولى . وان كان الدين الذي انتقلت اليه غير سماوى بان كانت يهودية أو نصرانية فتمجست انفسخ النكاح لانه لا يجوز للمسلم ان يتزوج ابتداء بمجوسية فلا يستمر العقد اذا حدثت صفة تمنع من العقد عليها ابتداء ـ انظر مادة (١٢٣)

والاولاد الذين يولدون بين المسلم والكتابية يحكم عليهم بالاسلام تبعاً لدين أبيهم سواء كانت الاولاد ذكوراً او إناثاً بخلاف ما هو مشهور عند العامة من أن الذكور يتبعون دينه والاناث دينها لان الاصل أن الولد سواء كان مذكراً

(مادة ١٢٢) لا تتزوج المسلمة الا مسلما فلا يجوز تزوجها مشركا ولا كتابيا يهودياً كان أو نصرانياً ولا ينعقد النكاح أصلا

(مادة ١٢٣) اذا تزوج المسلم نصرانية فتهودت أو يهودية فتنصرت فلا يفسد النكاح

اومؤنثا يتبع خير الابوين دينا ولذلك لو تزوج وثني كتابية اوكتابي مجوسية كان الولد كتابيا لان المجوسي اوالوثني شر من الكتابي ـ انظر مادة (١٢٤)

وليست كل الاحكام المترتبة على زواج المسلم بالمسلمة مترتبة على تزوج المسلم بالكتابية اذمن احكام الزوجية الميراث فاذا مات احد الزوجين المسلمين ولو قبل الدخول ورثه الآخر ولكن لو مات احدهما وكانت الزوجة كتابية فلا يرثه الآخر لان سبب الميراث وان كان موجودا وهو الزوجية الا انه منع منه مانع وهو اختلاف الدين وبناء عليه فان كل اولاد المسلم من الكتابية يرثون اباهم لانهم تابعون له في الدين لا لها وبما ان اختلاف الدين مانع من الارث فلا يرث غير المسلم من المسلم ولا المسلم من غير المسلم وبعضهم يقول بتوريث المسلم من غير المسلم ولا عكس ولكن الصحيح هو الاول كما ستأتي لك الادلة في المواريث ان شاء الله تعالى ـ انظر مادة (١٢٥)

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في حكم الزوجية بعد اسلام الزوجين او احدهما)

اذا كان الزوجان غير مسلمين فاما ان يسلم احدهما اويسلما معاً واذا اسلم احدهما فاما ان يكون هو الزوج اوالزوجة فان اسلمت الزوجة فاما ان يكون

(مادة ١٢٤) الاولاد الذين يولدون للمسلم من الكتابية ذكوراً كانوا أو اناثا يتبعون دينه

(مادة ١٢٥) اختلاف الدين من موانع الميراث فلا يرث المسلم زوجته الكتابية اذا ماتت قبل ان تسلم وهى لا ترثه اذا مات وهى على دينها

الزوج مميز أوغير مميز ـ فان كان مميزاً ولو صغيراً او معتوها يعرض عليه الإسلام سواء كان كتابياً أو غير كتابي فان امتنع فرق القاضي بينهما لان زوجته صارت مسلمة فلا بد من ان يكون زوجها مسلما وان اسلم فاما ان تكون زوجته محرما له بالنظر الى الدين الاسلامي او غير محرم فان كانت محرماً له فرق بينهما ايضاً لالتزامهما احكام الدين الذى انتقلا اليه وهو لا يجوز ذلك لعدم المحلية وان كانت غير محرم له يقرّان على نكاحهما ولا حاجة لتجديد العقد على حسب الدين الاسلامي لانا امرنا بتركهم وما يدينون ولان حالة الاسلام حالة البقاء والشهادة مثلا ليست شرطاً فيها وانما هي شرط في حالة الابتداء لان الاصل أن كل نكاح صحيح بين المسلمين صحيح اذا تحقق بين غيرهم لتضافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة فحيث وقع من غيرهم على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وأن كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه كالنكاح بغير شهود أو في العدة يجوز في حقهم اذا اعتقدوه ويقرّان عليه بعد الاسلام وأن كل نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم اختلف فيه على قولين فقال بعضهم يقع فاسداً وقال البعض الآخر يقع جائز ولكن اذا اسلم احدهما يفرّق بينهما

وان كان غير مميز فاما ان يكون عدم تمييزه لصغره واما ان يكون لجنونه فان كان لصغره ينتظر تمييزه فان ميز عرض عليه الاسلام كما تقدم لان التمييز له وقت معلوم فينتظر وان كان لجنونه فلا ينتظر شفاؤه لانه ليس له وقت معلوم وربما طال سنين كثيرة فتتضرر الزوجة التى اسلمت ـ وحينئذ فاما ان يكون له اب اولا يكون فان كان عرض عليه الاسلام فان اسلم تبعه ابنه واستمرت

الزوجية الا اذا كانت الزوجة محرماً له وان امتنع فرق بينهما القاضي وان كان له أبوان عرض عليهما الاسلام لانه يصير مسلما تبعاً لاحدهما فاذا أبى أحدهما فلا بد من عرضه على الآخر — وان لم يكن له أب ولا أم يقيم له القاضي وصياً ليقضى عليه بالفرقة لانه لا يجوز عرض الاسلام على المجنون لعدم صحته منه ولا يجوز انتظار الشفاء لعدم علم الوقت الذي يحصل فيه فربما بقي زمناً طويلا فتتضرر الزوجة التي أسلمت ولا يجوز القضاء على المجنون فاقيم له الوصي للقضاء عليه بالفرقة ـ وليس المراد من عرض الاسلام على والده أنه يعرض عليه بطريق الالزام بل على سبيل الشفقة المعلومة من الآباء على الاولاد عادة فلعل ذلك يحمله على أن يسلم الا ترى أنه اذا لم يكن له والد ان جعل القاضي له وصياً وفرق بينهما فالاباء يسقط هنا للتعذر ففائدة نصب الوصي الحكم بالتفريق بلا عرض بل يسقط العرض للضرورة لانه لا يصير مسلما بتبعيته غير الابوين ـ وتستمر الزوجية الى أن يقضى القاضي بالفرقة وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية ويترتب عليه أنه لو ماتت الزوجة قبل الحكم بالفرقة وجب لها كمال المهر وان لم يدخل بها لان النكاح قائم والمهر يتقرر بالموت ولكن لا يتوارثان لقيام المانع وهو اختلاف الدين

وفي حال ما اذا امتنع الزوج عن الاسلام بعد عرضه عليه فيما اذا كان مميزاً او امتنع أحد أبويه عن الاسلام فيما اذا كان مجنوناً وفرق القاضي بين الزوجين يكون التفريق طلاقاً بائناً لا فسخاً ويترتب على ذلك انه لو أسلم بعد ذلك وتزوجها ملك عليها طلقتين لا ثلاثاً وقال أبو يوسف هذا التفريق فسخ لا طلاق واستغرب بعضهم هذا الحكم قائلا هذا من أغرب المسائل

حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون وفي هذا الاستغراب نظر اذ الطلاق من القاضي وهو عليهما لا منهما فليسا بأهل الايقاع بل للوقوع اى أنهما ليسا أهلا لايقاع الطلاق منهما بل هما اهل للوقوع أي حكم الشرع بوقوعه عليهما وفي شرح التحرير قال صاحب الكشف وغيره المراد من عدم شرعية الطلاق أو العتاق في حق الصغير عدمها عند عدم الحاجة فاما عند تحققها فشروع قال شمس الائمة السرخسي يزعم بعض مشايخنا ان هذا الحكم غير مشروع اصلا في حق الصبي حتي أن امرأته لا تكون أهلا للطلاق وهذا وهم عندي فان الطلاق يملك بملك النكاح اذ لا ضرر في اثبات أصل الملك بل الضرر في الايقاع حتى اذا تحققت الحاجة الى صحة ايقاع الطلاق من جهته لدفع الضرر كان صحيحاً فاذا أسلمت زوجته وأبى فرق بينهما وكان طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد واذا ارتد والعياذ بالله تعالى وقعت البينونة وكان طلاقاً في قول محمد واذا وجدته مجبوباً فخاصمته فرق بينهما وكان طلاقاً عند البعض وللكلام تتمة في رد المحتار في الجزء الثاني صفحة ٥٣٦ ـ انظر مادة (١٢٦)

(مادة ١٢٦) اذا كان الزوجان غير مسلمين فأسلمت المرأة يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم يقران على نكاحهما ما لم تكن المرأة محرماً له وان أبى الاسلام او اسلم وهي محرم له يفرق الحاكم بينهما في الحال ولو كان صغيراً مميزاً أو معتوهاً فان كان غير مميز ينتظر تمييزه وان كان مجنوناً فلا ينتظر شفاؤه بل يعرض الاسلام على أبويه لا بطريق الالزام فان اسلم أحدهما تبعه الولد وبقي النكاح على حاله وان أباه كل منهما يفرق بينه وبين زوجته وان لم يكن له أب ولا أم يقيم القاضي عليه وصياً ليقضى عليه بالفرقة وتفريق القاضي لاباء الصبي المميز واحد أبوي المجنون طلاق لا فسخ وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية

واذا أسلم الزوج فاما أن تكون امرأته كتابية اوغير كتابية فان كانت كتابية فلا يعرض عليها الاسلام بل النكاح باق على حاله لان المسلم يجوز له ابتداء أن يتزوج كتابية فبقاء من باب أولى

وان كانت غير كتابية فان كانت مجوسية أووثنية يعرض عليها الاسلام فان اسلمت أو دخلت فى دين سماوى فاما ان تكون محرماً له أوغير محرم فان كانت غير محرم له فالزوجية باقية وان كانت محرماً فرق بينهما وكذلك ان امتنعت عن الدخول فى دين سماوى فانه يفرق بينهما لعدم جواز تزوج المسلم غير الكتابية لقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)

وتفريق القاضى لابائها فسخ لا طلاق فلو اسلمت بعد ذلك وتزوجها ولم يكن اوقع عليها طلاقاً ملك عليها ثلاث طلقات وانما كان فسخاً لا طلاقاً لان الطلاق لا يكون من النساء بل الذي يكون من المرأة عند القدرة على الفرقة شرعاً هو الفسخ فينوب القاضى منابها فيما تملكه . ومادام القاضى لم يفرق بينهما فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق . وأحكام الزوجية موجودة الا الميراث لوجود المانع منه وهو اختلاف الدين ـ انظر مادة (١٢٧)

واذا اسلم الزوجان معاً فاما أن تكون الزوجة محرماً للزوج او غير محرم فان كانت محرماً فرق بينهما وان كانت غير محرم له بقي النكاح على حاله فيقر ان

(مادة ١٢٧) اذا أسلم الزوج وكانت امرأته كتابية فالنكاح باق على حاله وان كانت غير كتابية يعرض عليها الاسلام فان اسلمت فهى زوجته وان أبت الاسلام أو أسلمت وكانت محرماً له يفرق بينهما والتفريق بابائها فسخ لا طلاق وما لم يفرق الحاكم فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق

عليه ومحل ذلك اذا كان اصل العقد جائزاً عندهم فلو تزوج غير مسلم بلا شهود او في عدة غيره مثلا وكان هذا جائزاً عندهم ثم اسلما أقرا عليه فان لم يكن جائزاً عندهم جدد العقد على حسب الدين الاسلامي الذى انتقلا اليه . وكل هذه الاحكام انما هى بعد اسلام الزوجين فاذا لم يسلما فلا يتعرض القاضى لهما ولو كانت الزوجة محرماً له لاننا أمرنا بتركهم وما يدينون الا فى حالتين الحالة الاولى ان يترافعا الينا راضيين بحكم القاضى فانه ينظر فى شكواهما بحسب الشريعة الاسلامية ويحكم عليهما بمقتضاها لانهما رضيا بهافان ترافع أحدهما فليس للقاضى الشرعى النظر في الدعوى فلا يجبر الآخر على الحضور أمامه لسماع الدعوى لان حق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده - الثانية أن يكون هناك حق مسلم فان القاضى ينظر فى المسألة وان لم تحصل مرافعة اصلا كما اذا كانت كتابية متزوجة بمسلم فطلقها فتزوجها كتابي قبل انقضاء عدة المسلم فللقاضي فى هذه الحالة ان يفرق بينهما وان لم يترافعا ولا أحدهما للمحافظة على حق المسلم

ومثل هذا ما اذا تزوج الذمي مسلمة فان القاضى يفرق بينهما وان لم تحصل مرافعة ويوجعه عقوبة ان دخل بها ويعزر من زوجها له وتعزر المرأة أيضاً وان اسلم بعد النكاح لا يترك على نكاحه بل يجدد العقد بينهما وهذا هو مذهب الامام وقال الصاحبان اذا كانت الزوجة محرما له فان القاضى يفرق بينهما بمرافعة أحدهما فلا يشترط عندهما مرافعة الاثنين وعلى هذا الخلاف ما لو طلق غير المسلم امرأته ثلاثا وتزوجها قبل أن تتزوج بغيره أو جمع بين المحارم كما اذا تزوج اختين مثلا أو تزوج أكثر من أربع نسوة فعنده لا تفريق الا اذا ترافعا وعندهما

يفرق بمرافعة أحدهما — أنظر مادة (١٢٨)

ولا يحكم على شخص بالاسلام بالتبعية لشخص آخر الا الولد بالنسبة للوالدين فان أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد صغير قبل اسلامه أو ولد لهما ولد بعد اسلامه سواء كان قبل عرض الاسلام على الآخر أو بعد عرضه فانه يحكم باسلامه تبعاً لمن أسلم من أبويه ولكن في بعض الصور لأن الولد اما ان يكون مقيماً في دار الاسلام أو فى دار الحرب وعلى كل فاما ان يكون من أسلم من أبويه مقيماً في دار الاسلام أو فى دار الحرب فالصور أربع الأولى ان يكون كل منهما مقيماً في دار الاسلام . الثانية ان يكون الولد مقيماً في دار الاسلام ومن أسلم من أبويه مقيماً فى دار الحرب . الثالثة ان يكون كل منهما مقيماً فى دار الحرب . الرابعة أن يكون الولد مقيما في دار الحرب ومن أسلم من أبويه مقيماً في دار الاسلام فيحكم على الولد بالاسلام بالتبعية فى الصورة الأولى والثانية أى متى كان الولد مقيما في دار الاسلام سواء كان من أسلم من أبويه مقيماً بها أو لا ولا يحكم باسلامه فى الصورتين الاخيرتين لان دار الحرب لا تدخل تحت حكم المسلمين فلا يحكم على من هو مقيم فيها بحكم يخصهم — انظر مادة (١٢٩)

(مادة ١٢٨) إذا أسلم الزوجان معاً بقي النكاح على حاله ما لم تكن المرأة محرماً له فان كانت كذلك يفرق الحاكم بينهما وليس له ان يفرق بين الزوجين المحرمين غير المسلمين إلا إذا ترافعا اليه معاً وله ان يفرق من غير مرافعة بين الزوجين إذا كانت كتابية معتدة لمسلم وتزوجت قبل انقضاء عدتها

(مادة ١٢٩) إذا أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد صغير أو ولد لهما ولد قبل عرض الاسلام على الآخر أو بعده فانه يتبع من أسلم منهما ان كان الولد مقيماً فى دار —

ولا يحكم باسلام الولد بالتبع لغير الوالدين ولو كان ذلك الغير جداً سواء كان أبو الولد موجوداً أو غير موجود لان الحكم باسلامه انما هو بالتبعية فتضعف اذا كان هناك واسطة ولان الولد لو تبع الجد في الاسلام لكان تابعاً لجد الجد وهكذا فيؤدى الى كون كل الناس مسلمين تبعاً لاسلام آدم عليه السلام وتستمر هذه التبعية ما دام الولد صغيراً سواء كان عاقلا أو غير عاقل فاذا بلغ فاما ان يبلغ عاقلا أو غير عاقل فان كان الاول انقطعت التبعية وان كان الثاني فلا تنقطع التبعية بل تستمر الى أن يعقل والاصل فى هذا أن الولد يتبع خير الابوين ديناً لانه أصلح له فاذا تزوج مسلم كتابية كان كل الاولاد على دينه وان أسلم أحد الابوين تبعه الولد . ولو كان كتابى متزوجاً مجوسية أو مجوسى بكتابية تبع ولدهما الكتابي لان المجوسى شر من الكتابى لان الكتابي يتبع ديناً سماوياً أتى به رسول من الرسل عليهم الصلاة والسلام — انظر مادة (١٣٠)



الاسلام سواء كان من أسلم من أبويه مقيما بها أو في غيرها فان لم يكن الولد مقيما بدار الاسلام فلا يتبع من أسلم من أبويه

(مادة ١٣٠) لا يتبع الولد جده ولا يصير مسلماً باسلامه ولو كان أبوه ميتاً وتستمر تبعية الولد لمن أسلم من أبويه مدة صغره سواء كان عاقلا أو غير عاقل ولا تنقطع الا ببلوغه عاقلا فلو بلغ مجنوناً أو معتوهاً فلا تزال تبعيته مستمرة

الباب التاسع

(في النكاح الغير الصحيح والموقوف)

﴿ الفصل الاول ﴾

(في النكاح الغير الصحيح)

قد علمت مما تقدم أن النكاح الغير الصحيح هو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة بان كانت المرأة غير محل له او كانت محلا له ولكن حصل العقد بغير شهود وعدم محلية المرأة للزواج ان تكون محرّمة على من يريد التزوّج بها سواء كانت حرمتها عليه مؤبدة اي لاتحل له في وقت من الاوقات او مؤقتة بان كانت تحرم عليه في وقت لوجود مايمنع العقد عليها وتحل له في وقت آخر بان زال المانع

فاذا فرض ان رجلا تزوج من تحرم عليه حرمة مؤبدة سواء كان سبب التحريم النسب بان تزوج اخته مثلا اوكان الرضاع كما اذا تزوج أمه من الرضاع مثلا اوكان المصاهرة كأن تزوج امرأة ابيه فلا شك في عدم صحة هذا العقد وحينئذ تجب عليهما مفارقة بعضهما لانه يجب على المتعاقدين رفع العقد الغير الصحيح خصوصاً مثل هذا

فان افترقا من نفسهما فبها والا فيجب على القاضي ان يفرّق بينهما ولا

يكتفي بهذه الفرقة بل لا بد من العقاب لانهما أتيا امراً منكراً فيعاقبان عليه ولما كان هذا الامر فظيعاً لم يقيد الشارع الحاكم بشيء مخصوص يستعمله بل فوض اليه النظر في التعزير لان ذلك يختلف باختلاف حالهما فالعالم بالحرمة لا يعاقب مثل الجاهل بها بل يعاقب كلا منهما عقوبة تليق بحاله ولو رأى انه يزيد في تعزيره عن المقدر شرعاً فلا مانع من ذلك ويكون ذلك من باب السياسة الشرعية التي تجيزها الشريعة الغراء عند ماتدعو الحاجة اليها وهذا مذهب ابي حنيفة وقال الصاحبان والشافعي ومالك واحمد يحد حد الزنا ان كان عالماً بالحرمة لان هذا عقد لم يصادف محله وكل عقد لم يصادف محله يكون لغوا ووجهه ان محل التصرف هو مايكون محلا لحكمه وهذا المحل ليس محلا للحكم لان حكمه الحل وهي من المحرمات - ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف هو ما يكون قابلا لمقصوده وهو هنا التوالد وبنات آدم قابلة لذلك الا ان هذا العقد تقاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في ديننا فيورث الشبهة لان الشبهة مايشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة فيسقط الحد أم لا فعندهم لا لانه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ اهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد كما اذا لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة وعند ابي حنيفة نعم هو شبهة يوجب سقوط الحد ومدار كونه يوجب شبهة على انه ورد على ماهو محله أولا فعندهم لا لان محل العقد مايقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد

لا انعقاده لانه لا انعقاد فى غير المحل وعنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها - وبتأمل يسير يظهر انهم لم يتواردوا على محل واحد فى المحلية فهم حيث نفوا محليتها ارادوا بالنسبة لخصوص هذا العاقد اى ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك فى حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو عقد وهو حيث أثبت محليتها اراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى عاقد مخصوص ولذا علل بقبولها مقاصده - انظر مادة (١٣١)

واذا تزوج رجل من تحرم عليه حرمة مؤقتة كما اذا تزوج امرأة الغير أو معتدته فالنكاح غير صحيح أيضاً لان المرأة غير محل للعقد فان فارقها من نفسه فبها وإلا فالقاضى يجب عليه التفريق بينهما - فان كان قبل الدخول بها عزره بما يليق بحاله لاقدامه على أمر غير جائز شرعاً ومن باب أولى ما اذا كان التفريق بعد الدخول ولكن التعزير يختلف لانه ان فعل ذلك عالماً بالحرمة يعاقبه باشد العقوبات التى يراها زاجرة له عن ارتكاب مثل هذا العمل ورادعة لغيره عن الاقدام على مثل عمله وان فعله غير عالم بالحرمة يعاقبه بما يليق به لان الاشخاص تختلف بالنسبة للتأثر فيستعمل مع كل ما يراه زاجراً له

وان حصل التفريق بعد الدخول فلا عدة على المرأة فلا يحرم على زوجها وقاعها عقب التفريق ان كان عالماً بالحرمة لان دخوله بها فى هذه الحالة يعتبر

(مادة ١٣١) اذا تزوج أحد احدى محارمه نسبا او رضاعا أو صهرية فالنكاح لا يصح أصلا ويفرق بينهما ان لم يفترقا ويعاقب الزوج باشد العقوبات التعزيرية سياسة ان فعل ذلك عالماً بالحرمة أو بعقوبة تليق بحاله ان فعله جاهلا بها

محض زنا والزنا لا حرمة له

وان كان لا يعلم بالحرمة تجب عليها العدة بعد التفريق فيحرم على زوجها الاول وقاعها قبل انقضاء عدتها (تأمل)

وبعضهم يقول ان الخلاف الجاري بين الامام أبي حنيفة وغيره فيما ذكر يأتي هنا أيضاً في كل من تحرم عليه حرمة مؤقتة ولو لم تكن زوجة للغير ولا معتدته ويقيده بعضهم بالعقد على من تحرم عليه حرمة مؤبدة وهذا هو الذي ارتضاه ابن الكمال للنصوص التي أوردها في ذلك - انظر مادة (١٣٢)

ومن اسباب التحريم المؤقت الجمع بين الاختين فمن تزوج امرأة حرم عليه أن يتزوج اختها ما دامت الاولى في عصمته فان ماتت أو طلقها وانقضت عدتها جاز له أن يتزوج أختها لزوال المانع وهو الجمع بينهما

فاذا جمع الرجل بين اختين فلا يخلو الحال من أحد امرين الاول ان يكون ذلك فى عقد واحد الثاني أن يكون في عقدين فان كان فى عقد واحد فاما أن يكون هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما دون الاخرى أو ما يمنع العقد على كل منهما أو ليس هناك ما يمنعه فان كان هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما كما اذا كانت متزوجة أو معتدة لغيره وليس هناك مانع فى الاخرى صح العقد بالنسبة للخالية عن المانع وبطل بالنسبة للاخرى لوجود مرجح لصحة العقد فى حق الأخرى فلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح فلا يتحقق

(مادة ١٣٢) اذا تزوج احد امراة الغير او معتدته فلا يصح النكاح أصلا ويرجع عقوبة ان دخل بها عالماً بالحرمة ويعاقب بما يليق به ان فعله غير عالم بها وفي صورة العلم لا عدة على المرأة بعد التفريق فلا يحرم وقاعها على الزوج الاول لو متزوجة وفي صورة عدم العلم تجب عليها العدة ويحرم على زوجها الاول وقاعها قبل انقضائها

الجمع بينهما كما لو تزوجت امرأة رجلين في عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع نسوة فانها تكون زوجة الآخر لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين اذا كانت هي لا تحل لاحدهما ـ وان كان هناك ما يمنع العقد على كل منهما كما اذا كانت احداهما متزوجة والاخرى معتدة لغيره مثلا فسد العقد بالنسبة لكل منهما لوجود المانع من صحته في هذه الحالة كما لو كان العقد على واحدة منهما فقط

وان لم يكن هناك ما يمنع العقد على كل منهما بان كانتا خاليتين من موانع النكاح الشرعية فسد العقد بالنسبة اليهما أيضاً لأنه لا يجوز الجمع بينهما في آن واحد فلا يمكن تصحيحه بالنسبة لهما معاً ولا بالنسبة لواحدة منهما لانه يلزم عليه الترجيح بلا مرجح وهذا لا يجوز وحينئذ يلزمه مفارقتهما لان كل عقد فاسد يجب على المتعاقدين عدم الامضاء فيما يقتضيه لو كان صحيحاً خصوصاً في مثل هذا العقد فان فارقهما فبها والا فرق القاضي بينه وبينهما دفعاً للمعصية بقدر الامكان. وهذا التفريق اما أن يكون قبل الدخول او بعده فان كان قبله فلا مهر لهما لان كل عقد فاسد حصلت فيه الفرقة قبل الدخول لا تستحق المرأة به شيئاً من المهر وكذا لا عدة عليهما لان الفرقة اذا حصلت بين الزوجين قبل الدخول فلا تجب العدة على الزوجة الا اذا كانت بسبب موت الزوج بشرط أن يكون العقد صحيحاً

وان كان بعد الدخول بهما وجب لكل الاقل من المسمى ومن مهر المثل كما هو حكم النكاح الفاسد وعليهما العدة ويعلم حكم ما اذا دخل بواحدة منهما فقط مما تقدم

وان كان في عقدين فاما أن يعلم الاول منهما أو لا يعلم أو علم ونسي فان

علم الاسبق منهما وكان مستوفياً لشروط الصحة حكم بصحته وبطلان الثاني لان العقد على الاولى وقت حصوله لم يكن هناك مانع من صحته بخلاف العقد على الثانيــة فان هناك ما يمنع من صحته وهو الجمع بين الاختين فيبطل وحينئذ يلزمه ترك الثانية فان لم يفعل فرق القاضي بينهما ــ وهذا التفريق اما ان يكون قبل الدخول بها أو بعده فان كان قبله حل له وقاع الاولى وان كان بعده حرم عليه ذلك حتى تنقضي عدتها لانه يلزم عليه الجمع بين الاختين في العدة وهو ممنوع ــ وأما اذا لم يعلم الاسبق منهما أو علم ونسي فاما أن يعلم ان أحدهما بعينه غير صحيح من الاصل او لا يعلم فان علم ذلك صح الآخر لانه متى كان أحدهما غير صحيح حكم بصحة الآخر سواء كان متقدماً أو متأخراً وان لم يعلم ذلك حكم ببطلان العقدين لان العقد على واحدة منهما وهي المتأخرة باطــل بيقين ولا يمكننا أن نحكم بصحة العقد على واحدة منهما معينة لئلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ولا يمكن أيضاً تصحيحه في احداهما غير معينة لعدم الفائدة بالنسبة للزوج وهي حل القربان لانه لا يثبت مع الجهالة وللضرر بالنسبة الى الاختين لان كلا منهما تبقى معلقة لا صاحبة زوج ولا مطلقة وبالنسبة للزوج أيضاً بالزامه بالنفقة والسكنى من غير فائدة تعود عليه فتعين التفريق والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة فان اراد أن يتزوج باحداهما بعد التفريق فله ذلك ان كان التفريق قبل الدخول وان كان بعده فليس له ذلك حتى تنقضي عدتهما فان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله أن يتزوج بالمعتدة دون الاخرى كيلا يكون جامعاً بينهما وان دخل بأحداهما فله أن يتزوجها دون الاخرى ما لم تنقض عدتها لان عدتها تمنع التزوج باختها فان انقضت عدتها

جاز له أن يتزوج بأيهما شاء لعدم المانع

هذا بالنسبة للتزوج وأما بالنسبة للمهر فاما أن يكون التفريق قبل الدخول أو بعده فان كان قبل الدخول فلهما معاً نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الأولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وهذا مقيد بثلاثة قيود الأول أن يكون المهر مسمى في العقد فلو لم يكن مسمى وجبت متعة واحدة لهما بدل نصف المهر . الثاني أن يستوي المهران جنساً وقدراً كما إذا سمى لكل مائة جنيه مثلاً فان اختلفا قال بعضهم يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها وقال بعضهم يقضي لهما معاً بالاقل من نصفي المهرين فاذا سمي لواحدة منهما مائة جنيه مثلاً وللأخرى ثمانين يقضى لكل منهما بربع مهرها على القول الأول وعلى الثاني يقضى لهما بأربعين فتأخذ كل نصفها وهذا هو الظاهر لأنه هو المتيقن سواء كان عقد من مهرها أكثر متقدماً أو متأخراً بخلاف الأول . الثالث أن تدعى كل واحدة منهما انها الاولى ولا بينة لهما اما إذا قالتا لا ندرى أى العقدين أول فلا يقضى لهما بشيء لان المقضى له مجهول وهو يمنع صحة القضاء ونظيره من قال لرجلين لاحدكما علىّ الف فانه لا يقضى لواحد منهما بشيء الا اذا اصطلحا بأن يتفقا على أخذ نصف المهر وصورة هذا الاصطلاح أن يقولا عند القاضي لنا عليه نصف المهر لا يتعدانا الى غيرنا فنصطلح على أخذه فيقضي القاضي لهما به

وان كان بعد الدخول يجب لكل واحدة المهر كاملاً لأنه استقر بالدخول فلا يسقط منه شيء ـ أنظر مادة (١٣٣)

(مادة ١٣٣) إذا تزوّج الرجل أختين خاليتين عن نكاح وعدة في عقد =

ومن أسباب التحريم المؤقت التطليق ثلاثاً وعدم الدين السماوي والجمع بين الاجنبيات زيادة على أربع فاذا طلق رجل امرأته ثلاثاً فلا يجوز له أن يعقد عليها إلا بعد ان تتزوج بغيره بالشروط المعلومة فاذا تزوجها قبل ذلك فلا شك في فساد هذا العقد ومثله ما إذا تزوج مسلم من ليست متدينة بدين سماوي كالوثنية مثلا أو كان متزوجاً أربعاً وتزوج خامسة قبل ان تحرم عليه احدى الاربع فان العقد غير صحيح وكذلك التزوج بلا شهود وحينئذ يجب على كل منهما فسخ هذا العقد وترك صاحبه إذ العقد الفاسد يجب رفعه ويفسخ أحدهما هذا العقد انفسخ بلا توقف على رضا صاحبه ولا على قضاء القاضي سواء كان قبل الدخول أو بعده فان فعل أحدهما ذلك فبها وإلا فرق القاضي بينهما لان هذا منكر فيزيله ـ أنظر مادة (١٣٤)

واحد فنكاحهما غير صحيح ويجب التفريق بينه وبينهما ان لم يفارقهما ولا مهر لهما ان وقع التفريق قبل الدخول فان كانت احداهما متزوجة أو معتدة فنكاحها غير صحيح ونكاح الخالية صحيح. فان تزوجهما في عقدين متعاقبين وعلم الاسبق منهما وكان صحيحاً فنكاح الثانية غير صحيح ويفرق بينهما عند عدم المتاركة وان كان واقعها يحرم عليه قبل مضي عدتها وقاع الاولى. فان لم يعلم الاسبق منهما أو علم ونسي بطل العقدان معاً ما لم يكن أحدهما بعينه غير صحيح من الاصل فيصح الآخر. وان وقع التفريق بينه وبينهما قبل الدخول بهما فله ان يتزوج أيتهما شاء في الحال ويكون لهما معاً نصف المهر في حالة التفريق قبل الدخول ان كان مهراهما مسميين في العقد ومتساويين جنساً وقدراً وادعت كل منهما انها الاولى ولا بينة لهما ولو أقامت احداهما بينة على أسبقية عقدها فنكاحها هو الصحيح ولها نصف المهر دون التي بطل نكاحها. فان اختلفا مهراهما جنساً أو قدراً فلهما معاً الاقل من نصفي المهرين المسميين وأن لم يكن لهما مهر مسمي فالواجب لهما متعة واحدة. وان كانت الفرقة بعد الدخول وجب لكل منهما مهر كامل

(مادة ١٣٤) اذا تزوج الرجل مطلقته ثلاثاً قبل ان يصيبها زوج غيره ويحلها —

ولا تنس ما تقدم لك في شرح المادة السابعة عشرة والثامنة عشرة من ان أحكام الزواج لا تترتب على العقد الا اذا كان صحيحاً فان كان غير صحيح فلا تترتب عليه الاحكام فاذا تزوج رجل امرأة وكان العقد غير صحيح وحصلت الفرقة بينهما قبل الدخول أو ما يقوم مقامه فلا تترتب عليه حرمة المصاهرة فيجوز له أن يتزوج بأصول وفروع من عقد عليها هذا العقد وهي تحل لاصوله وفروعه بخلاف ما إذا كان العقد صحيحاً فانها لا تحل لأصول الزوج ولا لفروعه بمجرد العقد ويحرم على الزوج التزوج بأصولها بمجرد العقد ولا تحرم عليه فروعها الا بالدخول لان القاعدة ان العقد على البنات يحرم الامهات والدخول بالامهات يحرم البنات ومثل المصاهرة الارث فانه يترتب على العقد الصحيح لا الفاسد وكذلك غيره من الاحكام التي تقدمت في المادتين السابقتين فراجعها ـ انظر مادة (١٣٥)

وقد علمت في شرح المادة الثانية والاربعين أنه اذا استوى وليان في القرب كأخوين شقيقين أو لأب أو ابني عم كذلك فأيهما تولى زواج الصغيرة صح وليس للآخر نقضه لان الولاية ثابتة لكل منهما على الكمال فان زوجها كل منهما فاما ان يكون لرجل أو لرجلين فان كان لرجل فلا كلام وان كان لرجلين

له أو تزوج مجوسية أو خامسة قبل تطليق الرابعة وانقضاء عدتها أو تزوج امرأة بلا شهود فالنكاح غير صحيح أيضاً والتفريق بينهما واجب ولكل منهما فسخه وترك صاحبه واخباره بذلك بلا توقف على القضاء قبل الدخول أو بعده

(مادة ١٣٥) كل نكاح وقع غير صحيح لا يوجب حرمة المصاهرة اذا وقع التفريق قبل الوطء ودواعيه ولا يرث أحد منهما الآخر ويثبت فيه النسب كما تقدم في المادة الثامنة عشرة

فان علم الاسبق منهما صح وبطل المتأخر لانه حصل وهي متزوجة فيكون هناك مانع من العقد عليها فيبطل فان جهل الاسبق منهما فهما باطلان لاننا لو حكمنا بصحة أحدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح وهو لا يجوز ومثله ما إذا وقعا معاً فانهما باطلان إذ لا يمكننا تصحيح واحد منهما لئلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ـ انظر مادة (١٣٦)

وقد علمت من الفصل الثاني في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين حكم ما إذا زوج الولي موليته لغيره سواء كان الولي أباً او جداً أو غيرهما والصور التي يكون العقد فيها صحيحاً نافذاً لازماً والتي يكون فيها غير لازم والتي يكون العقد فيها غير صحيح - وأما اذا زوج الولي موليته لنفسه فان كانت لا تحل له فلا يصح العقد مطلقاً سواء اذنته أو لم تأذن فاذا زوج الأخ أخته لنفسه فلا يصح هذا التزوج لانها محرّمة عليه ـ وان كانت المولية يحل تزوجها للولي كما اذا كان لرجل بنت عم وليس هناك من الاولياء من هو أقرب منه وزوجها لنفسه فاما ان تكون البنت رشيدة أو غير رشيدة فان كانت رشيدة أيْ بالغة عاقلة فاما ان تأذن له في تزويجها لنفسه أو لا تأذن فان أذنته صح العقد لانه في هذه الحالة يكون أصيلاً من جهة نفسه ووكيلا من جهتها ويصح للشخص أن يتولى طرفي العقد في هذه الصورة والاذن كما يثبت صريحاً يثبت دلالة فلو قال ابن العم لبنت عمه الكبيرة اني أريد أن أزوجك من نفسي فسكتت فزوجها

(مادة ١٠٦) اذا استوي وليان في القرب وزوج كل منهما الصبية من رجل آخر صح الاسبق من العقدين وبطل الآخر فان جهل الاسبق منهما أو وقعا معاً فهما باطلان

من نفسه جاز لوجود الاذن دلالة وهو السكوت سواء كانت بكراً أو ثيباً وان لم تأذن له وزوجها لنفسه فلا يصح لانه في هذه الحالة يكون أصيلاً من جهة نفسه فضولياً من جهتها وليس للشخص أن يتولى طرفى العقد فى هذه الحالة فيقع العقد فاسداً ولذلك لو رضيت بعد وقوعه قبل اذنها ولو كان رضاها صريحاً لم يصح لان العقد متى وقع فاسداً لا ينقلب صحيحاً بالاجازة وانما الاجازة تؤثر بالنسبة للعقد الموقوف فيصير نافذاً بها وهذا مذهب الامام ومحمد وقال أبو يوسف لا يكون العقد فاسداً بل يتوقف على الاجازة. فان كانت البنت صغيرة وزوجها الولى الذى تحل له لنفسه صح العقد لانه فى هذه الحالة يكون أصيلا من جهة نفسه ولياً من جهتها وللشخص فى هذه الحالة أن يتولى طرفي العقد

وحاصل المسائل التي يتولى الشخص فيها طرفى العقد وهما الايجاب والقبول بالقسمة العقلية عشرة: واحد منها مستحيل وهو الاصيل من الجانبين لانه يستحيل ان يكون الشخص الواحد زوجاً وزوجة وخمسة نافذة باتفاق الامام وصاحبيه وهى الآتية - الاولى ان يكون متولى الطرفين وكيلا من الجانبين فاذا وكلت امرأة رجلا في أن يزوجها لفلان ووكله فلان أيضاً فى أن يزوجه هذه المرأة وتولى هذا الوكيل الايجاب والقبول وحده بأن قال زوجت موكلتي فلانة لموكلي فلان صح . الثانية ان يكون ولياً من الجانبين فاذا كان لرجل بنت وله ابن أخ هو وليه وزوج بنته لابن أخيه صح العقد - الثالثة ان يكون أصيلا من جانب ووليا من جانب كما فى مسالة ابن العم المتقدمة - الرابعة ان يكون أصيلا من جانب ووكيلا من جانب آخر فاذا وكلت امرأة رجلا في ان يزوجها لنفسه وفعل صح العقد وهو فى هذه الحالة أصيل من جانب

نفسه وكيل من جانب الزوجة ـ الخامسة ان يكون ولياً من جانب وكيلا من جانب فاذا كان لرجل ابن صغير ووكلته امرأة في أن يزوجها لابنه وفعل صح العقد وهو فى هذه الحالة ولي من جانب ابنه وكيل من جانب الزوجة

وأربعة مختلف فيها فقال الامام ومحمد لا يتوقف العقد فيها على الاجازة بل يقع فاسداً وقال أبو يوسف يتوقف على الاجازة وهي الآتية

الاولى أن يكون متولى الطرفين فضولياً من الجانبين يعنى لم تثبت له الولاية بوجه من الوجوه كما اذا قال شخص زوجت فلانة من فلان وهو ليس ولياً ولا وكيلا لاحدهما فهو فضولي من جهتهما ـ الثانية ان يكون فضولياً من جانب وكيلا من جانب آخر كما إذا وكل رجل شخصاً في ان يزوجه فلانة فقال هذا الوكيل زوجت فلانة من موكلي وليست له الولاية عليها أصلا فهو في هذه الحالة وكيل من جانب الزوج فضولي من جانب الزوجة ـ الثالثة ان يكون فضولياً من جانب ولياً من جانب آخر فاذا كان لرجل ابن صغير وقال زوجت فلانة لابني بدون ان تكون له عليها ولاية شرعية فهو ولي من جانب الزوج فضولي من جانب الزوجة ـ الرابعة ان يكون أصيلا من جانب فضولياً من جانب آخر فاذا تزوج رجل امرأة ليست له الولاية عليها كان أصيلا من جهة نفسه فضولياً من جهتها ومن هذه مسئلة ابن العم اذا زوج بنت عمه الكبيرة لنفسه بدون اذنها قبل العقد فانه أصيل من جهة نفسه فضولي من جهتها ففى هذه المسائل الاربع يقع العقد فاسداً عندهما فلا تلحقه الاجازة وعند أبي يوسف يكون موقوفاً على الاجازة ـ واستدل أبو يوسف على قوله بأن الواحد اذا كان مأموراً من الجانبين نفذ فاذا كان فضولياً من الجانبين أو من جانب توقف

على الاجارة لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة

ولهما أن الموجود شطر العقد لانه شطر حال الحضور حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقداً تاماً لم يكن كذلك فكذا عند الغيبة يكون الموجود شطراً لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينقل كلامه الى المتعاقدين فيصير كلامين

وقال زفر لا يجوز أن يتولى طرفي العقد واحد اصلا وكذا عند الامام الشافعي رضي الله عنه الا اذا كانت هناك ضرورة عنده مثل الجد فانه يزوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه لانه لا يوجد احد في درجته حتى يزوجهما بخلاف ابن العم اذا أراد أن يزوج بنت عمه من نفسه حيث لا يجوز لانه لا ضرورة اليه اذ يمكن ان يزوجها ابن عمها غيره في درجته وكذلك الوكيل لا حاجة اليه واستدلا بان الواحد لا يكون مملكاً ومتملكاً لشيء واحد في زمان واحد كما في البيع

ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر اما وجه كونه معبراً فلأن عبارة العقد صدرت منه والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين واما وجه كونه سفيرا فباعتبار ان حقوق العقد ليست براجعة اليه بل الى الموكل فلا يطالب بالمهر ولا بتسليم الزوجة وكل من هو كذلك لا يمنع أن يكون مملكا ومتملكا لانه لا تمانع في التعبير بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وانما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع اليه لانه

سفير لا مباشر بخلاف البيع لانه مباشر ولذا ترجع الحقوق اليه فيطالب بتسليم الثمن والمبيع ويكون خصما في الرد بالعيب الى غير ذلك من الاحكام وروى البخارى ان عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ اتجعلين أمرك الى قالت نعم قال تزوجتك فعقده بلفظ واحد. وعن عقبة بن عامر انه عليه الصلاة والسلام قال لرجل اترضى أن أزوجك فلانة قال نعم وقال للمرأة اترضين ان ازوجك فلانا قالت نعم فزوج احدهما صاحبه — ثم فى كل موضع يجوز للشخص فيه أن يتولى طرفى العقد وهما الايجاب والقبول يكفى فيه قوله زوجت فلانة من فلان لانه يتضمن شطرى العقد وهما الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضاً مقام عبارتين فلا حاجة الى القبول وقول الامام الاعظم هو المعول عليه — انظر مادة (١٣٧)

﴿ الفصل الثانى ﴾

(في النكاح الموقوف)

اعلم أن عقد الزواج كباقى العقود تارة يكون صحيحاً نافذاً لازماً كما اذا زوجت المكلفة نفسها بكفء وبمهر المثل او زوج الاب بنته وهو معروف بحسن الاختيار ولو كان بغير كفء أو بأقل من مهر المثل — وتارة يكون صحيحاً نافذاً غير لازم كما اذا زوج غير الاب والجد من الاولياء موليته بكفء وبمهر المثل وتارة يكون غير صحيح وهو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة

(مادة ١٣٧) اذا زوّج الولي نفسه من موليته البالغة التى تحل له بغير اذنها قبل العقد فالنكاح غير صحيح ولو سكتت حين بلغها النكاح أو أفصحت بالرضا

وقد عرفت كل هذه الاقسام مما تقدم — وتارة يكون صحيحاً غير نافذ وهو الموقوف فلا تترتب عليه الاحكام الا اذا اجازه من له الاجازة وكان العقد قابلا لها. ومن هذا القسم ما اذا تزوج الصغير أو الصغيرة المميزان بدون اذن من الولى قبل العقد فانه يكون موقوفاً على اجازة الولى لان الشارع اقامه لينظر فى مصالحهما لقصور الرأى عندهما فاذا رأى هذا أن العقد فيه منفعة لهما نفذه والا أبطله وليس من المصلحة أن ينفذ الولى العقد الذي يكون فيه غبن فاحش بزيادة في المهر بالنسبة للصغير أو نقص فيه بالنسبة الى الصغيرة — فاذا تزوج صبي مميز امرأة بمائتي جنيه بغير اذن وليه وكان مهر مثلها مائة وخمسين جنيهاً فلا ينفذ هذا العقد وان اجازه الولي لانه ليس من المصلحة فى شيء ومثله الصغيرة المميزة لو تزوجت بأقل من مهر مثلها وكان الغبن فاحشاً فلو كان الغبن يسيراً قبل العقد الاجازة والغبن الفاحش هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين واليسير هو الذى لا يدخل تحت التقويم ومثل الصغير المميز في كل الاحكام المتقدمة المعتوه والمعتوهة فاذا كان الصبي أو الصبية غير مميزين فلا يصح تزوجهما أصلا ومثلهما المجنون والمجنونة — انظر مادة (١٣٨)

ومن قسم الزواج الموقوف ما اذا زوج الولى البعيد المولية مع وجود الولى القريب المتوفرة فيه شروط الاهلية فاذا كان لبنت اخوان أحدهما شقيق والآخر لاب فالولاية للاخ الشقيق فاذا زوجها الأخ لأب كان هذا الزواج

(مادة ١٣٨) اذا تزوج الصغير أو الصغيرة المميزان غير المأذونين أو الكبير أو الكبيرة المعتوهان بدون اذن وليهما توقف نفوذ العقد على اجازته فان أجازه وكان بغير غبن فاحش نقصاً في مهر الصغيرة وزيادة في مهر الصغير نفذ وان لم يجزه بطل وكذلك ان كان بغبن فاحش في المهر وان اجازه الولي

موقوفاً على اجازة الاخ الشقيق فان اجازه نفذوان رده بطل فان كان الاقرب غير متوفرة فيه شروط الاهلية كما اذا كان الاخ الشقيق صغيراً أو مجنوناً مثلا وزوج الاخ لاب نفذبلا توقف على اجازة أحد لانه هو الولى القريب فى هذه الحالة — انظر مادة (١٣٩)

ومن قسم الموقوف عقد الوكيل ولكن لا على الاطلاق بل فى بعض الصور كما ستعرفه من التفصيل الآتى — وبيان ذلك ان الموكل في الزواج إما ان يكون الرجل أو المرأة فان كان الرجل فاما أن يكون التوكيل بتزويج امرأة غير معينة واما أن يكون بتزويج امرأة معينة فان كان الاول كما اذا قال رجل لآخر وكلتك في أن تزوجني امرأة فقال أبو حنيفة اذا زوجه الوكيل فى هذه الحالة امرأة ولو كانت غير حرة بان كانت مملوكة لغيره أو حرة بها عاهة من العاهات كأن تكون عمياء أو مقطوعة اليد أو الرجل أو معتوهة أو مجنونة لزمه النكاح فليس للموكل رده لان لفظ امرأة مطلق فيتناول كل امرأة ولو كانت غير حرة أو بها عاهة من العاهات ولهذا لو حلف لا يتزوج فتزوج أمة أو حرة بها عاهة حنث . وقال الصاحبان لا يجوز للوكيل أن يزوجه الا الاكفاء لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء والكفاءة وان لم تكن معتبرة من جهة النساء الا أنها مستحسنة في الوكالة والظاهر قول الصاحبين . واتفقوا على أن الوكيل لو كان متهماً فى العقد لم ينفذ.

(مادة ١٣٩) اذا زوج الولي الا بعد الصغيرة مع وجود الولي الاقرب المتوفرة فيه شروط الاهلية توقف نفاذ النكاح على اجازة الاقرب فان أجازه نفذ وان نقضه انتقض وبطل

على الموكل إلا إذا أجازه فاذا زوجه أمته أو بنته الصغيرة أو موليته القاصرة كان العقد موقوفاً على أجازته تصريحاً أو دلالة لانه متهم في هذه العقود ومثله ما اذا كان الوكيل امرأة فزوجت نفسها للموكل توقف على الاجازة لما ذكر الا اذا صرح له الموكل بذلك فان العقد يكون نافذاً بالاتفاق

فان زوجه امرأتين والموضوع انه مأمور بتزويجه امرأة فاما ان يكون التزويج في عقد واحد أو في عقدين . فان كان الاول فلا تلزمه المرأتان ولا واحدة منها لانه فضولي فيهما لمخالفته أمر الموكل فلا وجه لتنفيذ نكاحهما للمخالفة ولا الى التنفيذ فى احداهما غير معينة للجهالة ولعدم الفائدة اذ لا يفيد حل الوطء لان الوطء لا يقع الا فى معينة والمنكرة ضدها ولا وجه الى التعيين أيضاً لئلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح فانتفى اللزوم فيكون العقد موقوفاً على اجازته فان شاء اجاز نكاحهما أو أيتهما شاء .

وان كان الثانى وهو ما اذا زوجهما له فى عقدين لزمه الاول بحكم الوكالة وتوقف الثاني على اجازته لان الوكالة انتهت بالعقد الاول فيكون فضولياً بالنسبة للعقد الثانى فيتوقف على الاجازة — انظر مادة (١٤٠)

وان كانت المرأة التي وكله فى تزويجها له معينة فاما ان يعين له المهر أيضاً

(مادة ١٤٠) اذا أمر الموكل الوكيل بتزويجه امرأة غير معينة فزوجه امرأة ولو بها عيب أو عاهة من العاهات جاز عليه النكاح وليس له رده . فان زوجه بنته الصغيرة أو موليته القاصرة فلا يلزمه النكاح الا اذا أجازه صراحة أو دلالة . ولو أمره ان يزوجه امرأة فخالف أمره وزوجه امرأتين فى عقد واحد فلا يلزمه المرأتان ولا واحدة منهما الا اذا أجازهما أو اجاز احداهما . فلو زوجه إياهما فى عقدين لزمه الأول وتوقف الثانى على اجازته

أو لا يعينه فان لم يعين له المهر وزوجها له بغبن يسير فيه لزم العقد الموكل اجماعاً . وان كان بغبن فاحش لزمه أيضاً عند الامام للاطلاق وقال الصاحبان لا يلزمه الا اذا أجازه لان المطلق يتقيد بالعرف والعرف تزوج المرأة بمهر مثلها أو بغبن يسير لا فاحش وهو الظاهر

وان عين المهر فزوجها له بالمهر المعين لزمه العقد للموافقة وكذا اذا زوجها له بمهر أقل من المعين لان المخالفة هنا نافعة للموكل فليس له ان يحتج بها واما اذا زوجه إياها بأكثر مما عينه كان العقد موقوفاً على اجازة الموكل للمخالفة فان علم الموكل بالزيادة قبل الدخول ورضيها قولا أو فعلا لزمته فان دخل بها غير عالم بالزيادة فلا يسقط خياره بل له ان ينفذه وله ان يرده فان اجازه لزمه المسمي فقط وان رده بطل النكاح فيجب مهر المثل ان كان أقل من المسمي وإلا يجب المسمى

وان لم يرض الزوج بالزيادة وقال الوكيل أنا أغرم الزيادة والزمك بالنكاح لم يكن له ذلك لان صاحب المروءة يأبى ان يتحمل منة الغير عليه اذ يعير بذلك فلا يلزم به - انظر مادة (١٤١)

وان كانت الموكلة هي المرأة فاما ان توكله بمعين أو بغير معين فان كان الاول فلا ينفذ العقد عليها الا اذا وافقها في كل ما امرته به سواء كان من

(مادة ١٤١) اذا أمر الموكل وكيله ان يزوجه امرأة معينة فخالف وزوجه غيرها فلا يلزمه النكاح . وان امره ان يزوجه امرأة وعين له مقدار المهر فزوّجه بأكثر مما عينه فلا ينفذ عليه النكاح أيضاً ما لم ينفذه ولا يسقط خياره بدخوله بالمرأة غير عالم بالزيادة التي زادها عليه الوكيل في المهر وليس للوكيل أن يلزمه بالنكاح ولو التزم بدفع الزيادة من ماله

جهة الزوج او المهر فاذا أمرته بان يزوجها من فلان بمائة وخمسين جنيهاً مثلا فزوجها له بهذا المبلغ لزم النكاح بالنسبة لها وليس لها نقضه وأما بالنسبة للولى فان كان الزوج كفأ والمهر مهر المثل لزم بالنسبة له أيضاً وان كان الزوج غير كفء فلا يصح الزواج لانها لو تولت هى العقد في هذه الحالة لم يصح فكذا اذا تولاه الوكيل لانه قائم مقامها لان الكفاءة ليست حقها وحدها بل حقها وحق وليها فاذا اسقطت حقها بقي حق الولى وأما اذا كان الزوج كفأ ولكن المبلغ الذي عينته أقل من مهر المثل فللولى حق الاعتراض أيضاً حتي يتم مهر المثل أو يرفع الامر الى القاضى ليفسخ العقد فان الولى يخير بذلك ومحل هذا اذا كان الولى عصبة فان كان غير عصبة أولم يكن لها ولى أصلا فالعقد نافذ لازم فان زوجها لغير المعين اوله ولكن بأقل من المبلغ الذى عينته له توقف نفاذه على اجازتها

ويدخل فى المعين ما اذا وكلته في أن يزوجها لنفسه فانه يصح ويتولى طر في العقد فى هذه الحالة لانه يكون اصيلا من جهة نفسه وكيلا من جهة الزوجة وهذه من المسائل المتفق على جوازها من الامام وصاحبيه وان كان زفر والشافعي يقولان بعدم الصحة كما تقدم لك مستوفى في شرح مادة (١٤٧)
واختلف العلماء في كيفية تزويجها للوكيل من نفسه فقال الخصاف لا يشترط معرفتها ولا ذكر اسمها ونسبها للشهود حتى لو قال تزوجت المرأة التي جعلت امرها الي على صداق كذا عندهم صح والمختار في المذهب خلافه وان كان الخصاف كبيراً فى العلم يقتدى به فحينئذ لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم ابيها وجدها ان كانت غائبة لان الغائبة لا تعرف الا بالنسبة ألا ترى أنه

لو قال تزوجت امرأة وكلتني بالنكاح لم يجز فان كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فقال اشهدوا انى تزوجت هذه المرأة التي وكلتني بتزويج نفسها جاز على المختار لان الحاضرة تعرف بالاشارة فاذا أراد الاحتياط يكشف وجهها حتى يعرفها الشهود أو يذكر اسمها واسم أبيها واسم جدها حتى يكون العقد متفقا عليه فيقع الامن من أن يرفع الامر الى قاض يرى قول من لا يجوزه فيبطل النكاح. وهذا كله اذا كان الشهود لا يعرفون المرأة اما اذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر اسمها لا غير جاز النكاح اذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي عرفوها لان المقصود بالنسبة التعريف وقد حصل باسمها

وان كان الثاني وهو ما اذا أمرته بتزويجها بغير معين كما اذا قالت له وكلتك فى أن تزوجني رجلا فزوجها من نفسه لم يجز لانها أمرته بالتزويج من رجل نكرة وهو معرفة بالخطاب والمعرفة لا تدخل تحت النكرة . ومثل هذا ما اذا قالت له زوجنى ممن شئت . ولو وكلته في أن يتصرف فى أمورها لم يملك تزويجها من نفسه أيضاً وكما لا يجوز له ان يزوجها من نفسه فى هذه الحالة لا يجوز له أن يزوجها لابيه ولا لابنه للتهمة فان حصل ذلك توقف نفاذ العقد على اجازتها

فان زوجها بغير من ذكر أي باجنبي فاما أن يكون الزوج كفأ والمهر مهر المثل أو يكون كفأ والمهر أقل من مهر المثل أو يكون غير كفء سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساويا له او اكثر ـ فان كان الاول لزم النكاح فليس لها ولا لوليها رده ولو كان الزوج أعمي او مقعداً أو صبياً أو معتوها وكذا لو كان عنيناً أو خصياً وان كان لها طلب التفريق بعد ذلك — ويظهر أن الخلاف

الجاري بين الامام وصاحبيه فيما إذا زوج الوكيل الموكل امرأة بها عيب أو عاهة يأتي هنا أيضاً وان لم ينص عليه أحد لعدم الفرق ـ وان كان الثاني وكان الغبن فاحشاً فلا ينفذ العقد بل يكون موقوفاً على اجازتها واجازة وليها لان كلاً منهما له حق في ذلك اذا لم يتم الزوج مهر المثل فان اتمه نفذ لزوال السبب في توقف العقد

وان كان الثالث وهو ما اذا كان الزوج غير كفء مطلقاً وقع العقد فاسداً فلا تلحقه الاجازة لان الاجازة لا تلحق الفاسد بل الموقوف ـ انظر مادة (١٤٢)

ومن قسم الموقوف أيضاً ما إذا غرّ الزوج المرأة بأن انتسب لها بغير نسبه الحقيقي فتزوجته بناء على ذلك ثم ظهر ان نسبه غير المنتسب به وانه ليس كفأ لها فلها ولوليها الحق في اجازة النكاح أو نقضه للتغرير الحاصل من جهته فاذا لم يحصل تغرير بان زوجت نفسها منه أو زوجها الولي وكل يظن انه كفء ثم تبين بعد ذلك انه غير كفء فليس لواحد منهما نقض هذا العقد لان التقصير ما حصل الا من جهتهما إذ كان اللازم عليهما البحث قبل العقد. وقد تقدم لك الخلاف فيما لو ظهر ان الزوج أعلى نسباً مما انتسب به أو مثله في شرح المادة التاسعة والستين ـ انظر مادة (١٤٣)

ومن الزواج الموقوف عقد الفضولي مع غيره والفضولي هو الذي يتصرف

(مادة ١٤٢) اذا أمرت المرأة وكيلها ان يزوّجها ولم تعين أحداً فزوجها من نفسه أو من أبيه أو من ابنه فلا يجوز عليها النكاح ولها رده فان زوجها بأجنبي منه وبغبن فاحش في المهر فلها ولوليها فسخ النكاح إذا لم يتم الزوج لها مهر المثل . وان زوجها بغير كفء لم يجز النكاح أصلا ولو زوجها بكفء وبمهر المثل لزمها النكاح ولو كان بالزوج عيب أو مرض

(مادة ١٤٣) إذا غرّ الزوج المرأة بانتسابه لها نسباً غير نسبه الحقيقي ثم ظهر لها بعد العقد باطلاع الولي انه دونها في الكفاءة فلها ولوليها حق الخيار في اجازة النكاح ونقضه

في شؤون غيره بلا ولاية شرعية فاذا قال الفضولي اشهدوا اني زوجت فلانة لفلان وقبل عنه فضولي آخر أو قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فأجابه فضولي وقال زوجتها منك أو قالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولي أو قال رجل لآخر زوجت فلانة لك فقبل وليست له عليها ولاية أو قال رجل لامرأة زوجتك لفلان فقبلت وليس له عليه ولاية توقف العقد على الاجازة . والاصل في هذا ان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز أي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر أو وكيلاً أو أصيلاً أو ولياً انعقد موقوفاً على الاجازة وكل عقد ليس له قابل يقبل الايجاب وقت العقد يقع باطلا .

وقال الشافعي رحمه الله تعالى تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم وإلا لجاز للناس تمليك أموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن قادراً كان كلامه لغواً

ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من أهله وهو الحر العاقل البالغ مضافاً الى محله وهو الانثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات ولا ضرر في انعقاده موقوفاً على الاجازة لكونه غير لازم فينعقد موقوفاً فان رأى فيه مصلحة نفذه والا ابطله ولا يلزم ان يأتي حكم العقد عقبه فوراً بل قد يتراخى عنه كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متأخر إلى سقوط الخيار فكذا هنا لان الحكم لم ينعدم بل تأخر الى الاجازة فأفاد الحكم متأخراً فيصح موقوفاً — انظر مادة (١٤٤)

(مادة ١٤٤) الفضولي الذي يوجب النكاح أو يقبله بلا توكيل ولا ولاية ينعقد نكاحه موقوفاً على اجازة من له الاجازة فان أجازه نفذ وان أبطله بطل

(الباب العاشر)

(فى اثبات النكاح والاقرار به)

اعلم أنه اذا ادعي شخص على آخر شيئاً فالمدعي عليه إما أن يقر او ينكر فان أقر لزمته دعوي صاحبه وان أنكر يطالب المدعي بأثبات دعواه فان أثبتها لزمت المدعي عليه وان عجز وطلب تحليف المدعي عليه فله ذلك وعند ماتتوجه اليمين عليه فاما أن يحلف أو يمتنع عن اليمين فان حلف سقطت الدعوى وان امتنع لزمه المدعى هذا هو السير فى كل دعوى بقطع النظر عن موضوعها فتدخل دعوى الزوجية تحت هذا السير فاذا ادعي رجل على امرأة أنها زوجته فاما أن تقر اى تصدقه في دعواه أو تنكر أي تكذبه فى هذه الدعوى فان صدقته لزمها الزواج وان كذبته يطالب بأثبات دعواه فان أثبتها بان أقام بينة تشهد له كما يدعى ثبتت دعواه ولزمها الزواج أيضاً وان عجز عن اقامة البينة وطلب يمينها على نفي دعواه فله ذلك فان حلفت سقطت الدعوى وان امتنعت عن اليمين لزمها ما يدعي به لان امتناعها عن اليمين دليل على أنه محق فى دعواه ومثله ما اذا ادعت امرأة على رجل انه زوجها فتتبع هذه الاجراآت بلا فرق اذ لا فرق بين أن يكون المدعى رجلا أو امرأة ويشترط في البينة أن تكون من الرجال او منهم ومن النساء لا من النساء فقط فيجوز ان تكون رجلين او رجلا وامرأتين ولا يجوز أن تكون أربع نسوة ولا بد من العدالة

في الشهود فلو فاسقين لم تقبل شهادتهما — انظر مادة (١٤٥)

ولا يكتفي في الشاهدين هنا بالعدالة فقط بل لا بد من كل الشروط التي تشترط في الشاهد عند الاداء ومن الشروط اللازمة أن لا يكون الشاهد ابنا للمشهود له لان شهادة الفرع لاصله غير مقبولة للتهمة وشهادته عليه مقبولة لنفيها ومثل الفرع الاصل فاذا تزوج رجل امرأة ورزق منها أولادا ثم طلقها وادعي عليها بعد ذلك أنه تزوجها وأنكرت فاقام ابنيه منها شاهدين فلا تقبل هذه الشهادة فلا يثبت النكاح بها لانها شهادة الفرع لاصله وهي غير مقبولة للتهمة وهي وان كان فيها شهادة الفرع على أصله لانهما ابناها أيضاً وهي مقبولة الا أن الاول يقدم لان القاعدة انه اذا اجتمع المانع والمقتضى قدم المانع وكذا اذا ادعت المرأة عليه وهو ينكر واقامت ابنيها منه شاهدين فان هذه الشهادة غير مقبولة لما تقدم ومثله في الحكم ما اذا كان احد الشاهدين ابنا للزوج والآخر ابنا للزوجة بان تزوج رجل امرأة ورزق منها بابن وتزوجت امرأة رجلا ورزقت منه بابن ثم طلقها وانقضت عدتها فادعي عليها هذا الرجل انه تزوجها وأنكرت فأقام عليها البينة وهي ابنه من غيرها وابنها من غيره فلا يثبت الزواج بهذه الشهادة لانه لم يوجد اثنان مقبول شهادتهما لان ابنه لا تقبل شهادته له

(مادة ١٤٥) اذا وقع نزاع بين الزوجين في امر النكاح يثبت بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول فان ادعي أحد على امرأة انها زوجته اوادعت هي أنه زوجها وجحد المدعي عليه وعجز المدعي عن البينة فله ان يستحلف الجاحد فان حلف سقطت الدعوي وان نكل قضى عليه بنكوله

فلم يبق الا شاهد واحد وهو ابنها من غيره فلم يتم نصاب الشهادة وهو اثنان فلا يثبت الزواج وكذا اذا كانت هي المدعية واقامتهما شاهدين لما ذكر

واما اذا ادعي رجل على امرأة بانهـا زوجتـه وله ابنان من غـيرها وأنـكرت المرأة هذه الدعوى أو ادعت امرأة على رجل بانه زوجها ولها ابنان من غيره وأنكر دعواها فان اقام ابنيه من غيرها بينة على دعواه فلا تسمع هذه البينة فلا يثبت الزواج لان شهادة الفرع لاصله غير مقبولة وان استشهد بابنيها من غيره فشهد له قبلت البينة فيثبت الزواج لان شهادة الفرع على أصله مقبولة لنفي التهمة ومثل ما قيل فى دعوى الرجل يقال فى دعوى المرأة — انظر مادة (١٤٦)

واعلم أن الاقرار وهو الاخبار بشيء حصل حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه الى غيره ان تضمن الاقرار ذلك الا بتصديق منه فان كان الاقرار غير متعد لغير المقر لزمه ما أقر به كما اذا قال شخص لفلان عندي عشرون جنيهاً لزمته اذا صدقه المقر له واما اذا قال لفلان عند فلان كذا فلا يلزم المقر عليه شيء الا اذا اعترف بذلك فيلزمه بناء على اقراره هو لا على اقرار غيره ولا يختص بالدين بل هو عام في كل شيء اذ الاقرار اخبار وهو ما حصل مدلوله في الخارج وكان اللفظ حكاية عنـه وحينئذ يدخل فيه اقرار الولي على الصغير بأنه زوجـه فلانة أو على الصغيرة بأنه زوّجها

(مادة ١٤٦) لا يثبت النكاح بشهادة أبني الزوجين لمن ادعاه منهما وكذا لو كان احد الشاهدين ابنا للزوج والآخر ابنا للزوجة فان كانا ابني الزوج وحـده أو ابني الزوجة وحدها فادعي أحدهما النكاح وانكره الآخر تقبل شهادتهما على أصلهما اذا استشهد بهما الآخر

لفلان وهذا الاقرار غير نافذ عليهما لما علمت من أن اقرار شخص بشيء على آخر لا يلزم لانه حجة قاصرة عليه فلا يتعداه الى غيره فان أقام الولى بينة على هذه الدعوي ثبات ولزم الزواج لان البينة حجة متعدية ومثله ما اذا بلغ الصغير أو الصغيرة وصدق كل منهما الولى فى هذا الاقرار فان الزواج الذى أقر به الولى حال صغرهما يثبت لتصديقهما له فان كذباه بعد البلوغ فلا يثبت الزواج وكذا لو صدق كل منهما حال صغره وانكره بعد البلوغ لان اقرارهما حال الصغر غير معول عليه ولينظر هذا الحكم مع قولهم من ملك انشاء شيء ملك الاقرار به فان الولي له أن ينشيء زواج الصغير والصغيرة فكيف لا يملك الاقرار ألهم الا ان يكون هذا مستثنى من هذه القاعدة — انظر مادة (١٤٧)

والذى يدل على أن الاقرار اخبار عن شيء حصل لا انشاء شيء فى الحال صحته بالزوجية من غير شهود لانه اخبار عن عقد سابق ولو كان انشاء لما صح الاقرار بها من غير شهود لان انشاء عقد النكاح يشترط لصحته حضور شاهدين كما عرفته فى موضعه

فاذا أقر رجل لامرأة انها زوجته سواء كان هذا الاقرار حال صحته أو في حال مرضه فان صدقته ثبت الزواج ويحمل على أنه عقد عليها قبل هذا التاريخ واقراره بالزوجية اخبار عن هذا العقد وان لم تصدقه فلا تلزمها الزوجية الا اذا أثبتها

(مادة ١٤٧) لا يعتبر اقرار الولى على الصغير والصغيرة بالنكاح الا أن يشهد الشهود على النكاح أو يبلغ الصغير والصغيرة ويصدقانه

ومتى ثبتت الزوجية سواء كان بالتصادق او بالاثبات ثبتت أحكامها فيلزمه نفقتها وتحرم على أصوله وفروعه ويحرم عليه التزوج باصولها مطلقاً وفروعها ان دخل بها واذا مات أحدهما ورثه الآخر الى غير ذلك من الاحكام — ولا يشترط ان يكون تصديقها له حال حياته بل تثبت الزوجية وان صدقته بعد وفاته بالاتفاق لان حكم النكاح باق في حقها وهي العدة فانها من آثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتاً كما في حال الحياة ومحل ثبوت الزوجية بالتصادق اذا لم يكن هناك مانع منها فان وجد كما اذا كان المقر متزوجا بمحرم لها كأختها او عمتها مثلا أو متزوجاً بأربع سواها او هي مجوسية او متزوجة بغيره أو في عدته فلا تثبت الزوجية لوجود المانع منها — انظر مادة (١٤٨)

واذا أقرت المرأة لرجل بأنها زوجته فان صدقها وليس هناك مانع من الزوجية ثبتت لما تقدم سواء كان اقرارها في حال صحتها أو مرضها ومتى ثبتت الزوجية ترتبت أحكامها كما ذكر في المادة السابقة ولكن يشترط في ثبوت الزوجية هنا تصديقه لها حال حياتها. فان صدقها بعد موتها قال الامام ابو حنيفة لا تثبت الزوجية وقال الصاحبان تثبت فتترتب أحكامها واستدل أبو حنيفة بأنها لما ماتت زال النكاح بعلائقه حتى يجوز له أن يتزوج اختها وأربعا سواها ولا يحل له أن يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الاقرار — انظر مادة (١٤٩)

(مادة ١٤٨) اذا أقر أحد لامرأة أنها زوجته ولم يكن تحته محرم لها ولا أربع سواها وصدقته وكانت خالية عن زوج وعدة ثبتت زوجيتها باقراره وتلزمه نفقتها ويتوارثان

(مادة ١٤٩) اذا أقرت المرأة في حال صحتها او في مرضها أنها تزوجت فلاناً فان صدقها في حياتها ثبت النكاح وورثها وان صدقها بعد موتها فلا يثبت النكاح ولا يرثها

الكتاب الثاني

(فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه)

الباب الاول

(فيما يجب على الزوج من حسن المعاملة للزوجة)

اعلم أن في الزواج انتظام المصالح الدينية والدنيوية فهو يحصن الزوجين ويسترهما عما يشينهما ويكفيك دليلا على هذا قوله تعالى (هنّ لباس لكم وانتم لباس لهنّ) فجعل كلا منهما كاللباس لصاحبه في الستر ولا تتهيأ تلك المصالح الا بالقيام بمصالح البدن وهي تتعلق بداخل البيت وخارجه فكل منهما يقوم بواحد. وفيه انضمام الذكر الي المؤنث غاية الانضمام قال الله تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم ازواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة) ولا بقاء لهذا العقد الا بالالتئام ولا التئام الا بحسن العشرة فحينئذ يجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف لقوله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) فيحسن اليها قولا وفعلا وخلقا ويقوم بجميع لوازمها على الوجه الشرعي فينفق عليها بقدر طاقته حتى لا يحوجها الي ارتكاب ما لا تحمد عقباه من الامور الذميمة وليس حسن العشرة خاصاً بالزوج بل يجب على الزوجة أيضاً فكل يقوم بما تفرضه عليه حقوق الزوجية ومتي قام كل منهما بما يلزمه انتظمت مصالحهما وحسنت حالهما وافاد الزواج فائدته — انظر مادة (١٥٠)

(مادة ١٥٠) يجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويقوم بنفقتها وهي تشمل الطعام والكسوة والسكني

فاذا كان الرجل متزوجاً بواحدة فقط وهو الاحسن ان خاف عدم العدل لقوله تعالي (فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أوما ملكت أيمانكم ذلك ادنى أن لا تعولوا) . يعني أن الاقتصار على الواحدة والمملوكات أقرب الي أن لا تعولوا اى تجوروا فالعول معناه الجور يقال عال الميزان اذا مال وعال الحاكم اذا جار وجب عليه حسن عشرتها كما تقدم في المادة السابقة حتى لو امتنع من ذلك ورفعت أمرها الى القاضى حكم عليه به وبعضهم يقول لا . حق الزوجة في الوقاع مدة الزوجية الامرة واحدة وأما الزيادة عليها فليست بواجبة فى القضاء بل يؤمر بها ديانة أى فيما بينه وبين الله تعالى وبعضهم يقول تجب عليه الزيادة في القضاء أيضاً دفعاً للضرر عنها ولتأتي بالاولاد التي هى أهم مقاصد عقد الزواج فيحكم عليه القاضى بوقاعها أحياناً وهذا هو الظاهر (تأمل) انظر مادة ــ (١٥١)

فان تعددت الزوجات وكن كلهن أحراراً أو إماء وجب عليه أن يعدل بينهن فيما يقدر عليه من المأكول والملبوس والسكنى والبيتوتة اذا كن في درجة واحدة من الغنى والفقر بالنسبة للنفقة فان اختلفن فى ذلك فمن يقول ان النفقة معتبرة بحال الزوج كان الحكم كذلك عنده ومن يقول بانها واجبة حسب حالها فلا يلزمه بالتسوية بينهن فى النفقة لزيادة نفقة الغنية على نفقة المتوسطة والفقيرة أما الشيء الذى لا يقدر عليه فلا تجب عليه التسوية فيه لكونه غير مقدور له لما روى انه عليه الصلاة والسلام « كان يعدل بين نسائه ويقول اللهم ان هذا قسمى فيما أملك فلا تلمني فيما تملك وما لا أملك » يعني القلب أى

(مادة ١٥١) يجب قضاء علي الزوج ان يواقع زوجته مرة واحدة في مدة الزوجية

زيادة المحبة وانما وجب القسم بينهن لقوله تعالى (فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة) فانه أمر بالاقتصار على الواحدة عند خوف الجور فيعلم ايجاب العدل عند تعددهن حملا للامر على الوجوب ولقوله عليه الصلاة والسلام « من كان له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » أى مفلوج

فان كان بعضهن أحراراً والبعض اماء كان للحرة الثلثان من القسم فى البيتوتة وللامة الثلث لما روى عن سيدنا على كرم الله وجهه انه قال للحرة الثلثان وللامة الثلث — انظر مادة (١٥٢)

وبما أن الغرض من القسم هو الاقامة عند كل واحدة منهن والمعاشرة معها لتأنس به وتندفع عنها الوحشة فلا فرق بين زوجة وأخرى بل الكل سواء فتستوى فيه البكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية فلا تميز احداهن على الاخرى وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقيم عند البكر الجديدة سبعاً وعند الثيب الجديدة ثلاثاً ولا يحتسب عليه ذلك لما روي عن أنس انه قال « سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله » وروى أبو قلابة عن أنس أنه قال « من السنة اذا تزوج بكراً اقام عندها سبعاً واذا تزوج ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم قسم » ولانها لم تألف صحبة زوجها فربما يحصل لها فى أول الامر نفرة فيكون في الزيادة ازالتها

ولنا أن اجتماع الزوجات عنده سبب لوجوب التسوية بينهن فلا يكون سبباً لتفضيل بعضهن على بعض ولو جاز تفضيل البعض لكانت القديمة اولى

(مادة ١٥٢) اذا تعددت الزوجات وكن أحراراً كلهن يجب عليه أن يعدل بينهن فيما يقدر عليه من التسوية في البيتوتة للمؤانسة وعدم الجور في النفقة

لما وقع لها من الكسر والوحشة وادخال الغيظ والغيرة بسبب ادخال الضرة عليها والمراد من الحديث الذي استدل به التفضيل بالبداءة بالجديدة دون الزيادة ولان القسم من حقوق النكاح فهن فيه سواء

ولا فرق فيه ايضاً بين ما اذا كانت المرأة صحيحة او مريضة او عليها دم الحيض او دم النفاس وهو الدم الذي يخرج عقب الولادة او في فرجها انسداد من لحم او عظم وحينئذ لا يقبل عذر الزوج في عدم العدل بينهن اذا اعتذر بشيء من ذلك

ولا فرق بين زوج وآخر فالمجبوب والعنين والخصي وغيرهم سواء وكذا الصبي اذا دخل بامرأتيه لان وجوبه لحق النساء وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب — انظر مادة ١٥٣

ولم يقدر الشارع زمناً معيناً يلزم الزوج الاقامة فيه عند كل منهن بل جعل تعيين مقداره للزوج وكذا في البداءة فله ان يقدره بيوم وليلة او ثلاثة ايام او سبعة او اكثر من ذلك ولكن حيث ان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة فلا تزيد عن جمعة لان في الزيادة عليها مضارة بها فلو اراد ان يدور سنة سنة فلا يظن اباحة ذلك له كما ذكره في الفتح بحثاً وهو ظاهر — والتسوية الواجبة عليه بين الزوجات تكون ليلا فيباشر فيه

(مادة ١٥٣) البكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية سواء في وجوب العدل والتسوية فلا تميز احداهن عن الاخرى ولا فرق في القسم بين أن تكون المرأة صحيحة أو مريضة أو حائضاً أو نفساء أو رتقاء أو قرناء فلا يقبل عذر الزوج ان قصر في العدل معتذرا بمرض المرأة أو حيضها أو نفاسها أو بعيب في أعضاء تناسلها .

احداهن بقدر ما يباشر الاخرى لانه لدفع الوحشة فلا يلزم بذلك نهاراً الا اذا كانت حرفته الاشتغال ليلا كالخفير مثلا فالتسوية منه تكون نهاراً — انظر مادة (١٥٤)

ومتى عين لزوج مقدار الدور وجب السير على مقتضاه فليس له ان يقيم عند احداهن اكثر من الدور الذي عينه لتعلق حق كل منهن بزمن مخصوص فليس له ان يصرفه لغيرها الا باذنها لانها صاحبة الحق اللهم الا اذا كان هناك ما يستوجب ذلك كما اذا كانت مريضة فلا بأس بأن يدخل عليها لعيادتها فان اشتد بها المرض وليس هناك من يمرضها فلا بأس باقامته عندها الى ان يحصل لها الشفاء — انظر مادة (١٥٥)

واذا تركت احداهن نوبتها الى غيرها من ضرائرها صح لانه حقها فلها أن تعطيه لمن شاءت وقد صح أن سودة بنت زمعة وهبت نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولكن لو طلبت الرجوع في المستقبل فلها ذلك لان الاسقاط لم يكن لشيء واجب وقته فلا يسقط فلها الرجوع — انظر مادة (١٥٦)

(مادة ١٥٤) يقيم عند كل واحدة منهن يوما وليلة او ثلاثة أيام وان شاء جعل لكل واحدة منهن سبعة أيام والرأى له فى تعيين مقدار الدور وفي البداءة في القسم وانما يجب التسوية ليلا بان يباشر فيه احداهن بقدر ما يباشر الاخرى ولا يلزمه ذلك نهارا ما لم يكن عمله ليلا فيقسم نهاراً

(مادة ١٥٥) لا ينبغي له أن يقيم عند احداهن أكثر من الدور الذي قدره الا باذن الاخرى ولا يدخل عليها الا لعيادتها أن كانت مريضة فان اشتد المرض فلا بأس باقامته عندها حتى يحصل لها الشفاء

(مادة ١٥٦) اذا تركت احداهن نوبتها الى غيرها من ضرائرها صح تركها ولها الرجوع في المستقبل أن طلبت ذلك

والقسم بين الزوجات انما يجب حال الحضر لا السفر فله أن يسافر بمن شاء منهن ولكن القرعة بينهن مستحبة وقال الشافعي رحمه الله تعالى هي واجبة لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد السفر أقرع بين نسائه وأيتهن خرجت قرعتها خرج بها — ولنا أنه لا حق لهن في حالة السفر حتى كان للزوج أن لا يستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن أو أكثر بلا اذن من صاحبتها وبلا قرعة ولانه قد يثق باحداها في السفر وبالاخرى في الحضر وبالبقاء في المنزل لحفظ الأمتعة أو الخوف الفتنة أو يمنع من سفر احداها كثرة سمنها وعدم نشاطها والسفر تلزمه الخفة فتعين من يخاف صحبتها في السفر لخروج قرعتها الزام بالضرر الشديد وفعله عليه الصلاة والسلام يدل على الاستحباب ونحن نقول به تطيبا لقلوبهن والدليل عليه أنه عليه الصلاه والسلام لم تكن التسوية واجبة عليه في الحضر وانما كان يفضله تفضيلا لقوله تعالى (ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء) ويترتب على ذلك أنه لا حق للتي لم يسافر بها في مطالبته بعد العودة منه بالاقامة عندها قدر ما أقام في السفر مع التي سافر بها لأن وجوب التسوية انما يكون في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها فلا تطالبه بها — انظر مادة (١٥١)

ولا فرق في وجوب العدل على الزوج بين كونه صحيحا أو مريضا فان

(مادة ١٥٧) لا قسم في السفر بل له أن يسافر بمن شاء منهن والقرعة أحب وليس للتي لم تسافر معه ان تطلب منه بعد عوده الاقامة عندها قدر ما أقام في السفر مع التي سافر بها

مرض فى بيت له خال عن أزواجه فله أن يدعو كل واحدة منهن عنده في نوبتها ولو مرض فى بيت احدى زوجاته فان كان يمكنه التحول الي بيت الآخرى انتقل اليه بعد انتهاء مدة من مرض في بيتها وان كان لا يقدر على التحول فبعد شفائه يلزمه الاقامة عند الاخرى بقدر ما أقام مريضاً عند ضرتها وهو ظاهر — انظر مادة (١٥٨)

وبما أن وجوب العدل لحق الزوجة فاذا لم تطالب به أو اسقطته فلا حرج عليها لانه حقها واذا طالبت به ألزمه القاضى بذلك فاذا أقام الزوج عند احدي زوجتيه مدة من الزمن وكان ذلك قبل تعيين مقدار الدور وترتيبه فما دامت الاخرى لم تطالبه فلا حرج عليه فان رفعت امرها الي الحاكم قضي عليه بان يستعمل العدل بينهما في المستقبل وأهدر مامضى وان اثم لان القسمة تكون فيه بعد الطلب فان امتثل فبها وان عاد بعد مانهاه القاضى عزره وأوجعه عقوبة بحسب حاله وأمره بالعدل لانه اساء الادب وارتكب ماهو محرم وهو الجور فيعزر فى ذلك ولا يعزر في المرة الاولى — واذا عزر فتعزيره يكون بما يليق به لان التعزير يختلف باختلاف الناس ولكن لا يكون هنا بالحبس لان الحق لا يستدرك هنا بالحبس وهو ظاهر — انظر مادة (١٥٩)

(مادة ١٥٨) اذا مرض الزوج في بيت له خال عن أزواجه فله أن يدعو كل واحدة منهن عنده في نوبتها ولو مرض في بيت احدي زوجتيه ولم يقدر على التحول الى بيت الاخري فله أن يقيم به حتي يشفى بشرط أن يقيم عند الاخري بعد الصحة بقدر ماأقام مريضاً عند ضرتها

(مادة ١٥٩) اذا اقام الزوج قبل تعيين مقدار الدور وترتيبه عند احدي—

الباب الثاني

(في النفقة الواجبة على الزوج للزوجة)

الفصل الاول

(في بيان من تستحق النفقة من الزوجات)

اعلم أن النفقة هي اسم للشيء الذي ينفقه الانسان على عياله وزوجته واقاربه ومملوكه وذلك يشمل الطعام والكسوة والسكني وهي واجبة بالكتاب والسنة والاجماع ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته) وقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وأما السنة فما روي من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع بالنسبة للزوجات « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وعن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم «قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلأهلك فان فضل شيء فلذى قرابتك » وأما الاجماع فلان الامة اجمعت على أن النفقة والكسوة واجبتان للزوجة على زوجها وأما المعقول فلان النفقة وجبت جزاء الاحتباس فمن كان محبوساً لحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه وأصل هذا القاضي والوالي والعامل في الصدقات والمفتي والمقاتلة والوصي فان نفقة هؤلاء واجبة لهم في مال من هم محبوسون لحقه

زوجته مدة كشهر في غير السفر فخاصمته الاخري يأمره الحاكم بالعدل بينهما في المستقبل وينهاه عن الجور فان عاد اليه بعد ذلك يعزر ويوجع عقوبة بغير الحبس

ونفقة الغير تجب على الغير باسباب منها الزوجية والقرابة والملك والغرض الآن بيان نفقة الزوجة فتجب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح اي سواء زفت اليه اولم تزف اذا لم تمتنع عن الزفاف اليه بغير حق لما عرفت أن النفقة قد تكون جزاء الاحتباس فكل من كان محبوساً لحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه والزوجة كذلك بالنسبة للزوج فتجب نفقتها عليه . فان كان هناك مانع من الاستمتاع بها فاما أن يكون من جهته أو من جهتها فان كان من جهته كما اذا كان مريضاً أو عنيناً او مجبوباً أو صغيراً لا يقدر على المباشرة وجبت عليه ولو كان فقيرا لان العجز من قبله والسبب موجود فتجب وان كان من جهتها كما اذا كانت صغيرة لا تطيق الوقاع ولا تشتهى له فلا تجب عليه لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والسبب وان كان موجوداً وهو الاحتباس الا أنه لا يكون موجباً الا اذا كان وسيلة الى المقصود المستحق بالنكاح ولم يوجد فلم تجب — وبما أن السبب هو الاحتباس فلا ينظر لكونها غنية او فقيرة مسلمة أو كتابية صغيرة أو كبيرة بل الكل سواء لقيام السبب وقال بعض المتأخرين لا تستحق النفقة اذا لم تزف الى بيت الزوج والفتوى على الاول وهو وجوب النفقة اذا لم يطالبها بالنقلة — انظر مادة (١٦٠)

وبما أنك قد عرفت مما تقدم أن النفقة تجب من حين العقد الصحيح لانها جزاء الاحتباس وهو موجود وان لم تزف فتجب عليه ولو مقيمة فى

(مادة ١٦٠) تجب النفقة من حين العقد الصحيح على الزوج ولو فقيراً او مريضاً أو عنيناً أو صغيراً لا يقدر على المباشرة للزوجة غنية كانت او فقيرة مسلمة أو غير مسلمة كبيرة أو صغيرة تطيق الوقاع أو تشتهي له

بيت أبيها فان طالبها الزوج بالنقلة الى منزله وامتنعت فاما أن يكون امتناعها بحق أو بغير حق فان كان الاول كما اذا امتنعت ليهيء لها منزلا خالياً عن اقاربه مثلا فلا يسقط حقها في النفقة لأن لها الحق في هذا الطلب فليس المانع من جهتها بل من جهته واذاً فلا تسقط . وان كان الثاني كما اذا أبت النقلة الا اذا طلق ضرتها مثلا سقطت نفقتها لانه لا حق لها في طلبها وله الحق في الامتناع عن اجابتها وتكون اذاً ناشزة اي خارجة عن طاعته بغير حق فتسقط النفقة انظر مادة (١٦١)

فان أراد الزوج السفر بها وأبت أن تسافر معه فان كان السفر مسافة قصر وهو السفر الذي يجوز قصر الصلاة الرباعية فيه بأن يصليها ركعتين أي بأن كان السفر يستغرق ثلاثة أيام بالسير المتوسط مع الراحة المعتادة أو يزيد عن ذلك فلا تسقط نفقتها لان لها حقاً في الامتناع . وان لم يكن السفر مسافة قصر وامتنعت سقطت نفقتها لامتناعها بغير حق سواء كان السفر بها من مصر الى مصر أو من مصر الى قرية أو من قرية الى قرية أو من قرية الى مصر . وبعضهم يقول اذا أراد نقلها من مصر الى مصر أخرى فليس لها الامتناع عن السفر الا اذا كان غير مأمون عليها . وبعضهم يقول اذا كان يمكنها الرجوع من المحل الذي يريد الانتقال اليه قبل الليل فله ذلك والا فلا واختلفت عباراتهم في القول المفتى به . وبالجملة فهذا المقام كثير النصوص اضطربت فيه الاقوال وتشعبت فيه الأفكار واختلفت عبارات الكتب في القول المفتى به والذي يجب التعويل

(مادة ١٦١) تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو هي مقيمة في بيت أبيها ما لم يطالبها الزوج بالنقلة وتمتنع بغير حق

عليه والرجوع اليه تفويض الامر الى المفتي المسئول عن الحادثة ولا ينبغي الأخذ بواحد من الاقوال على الاطلاق لان الزوج قد يكون غير مأمون عليها ويريد نقلها من بيت أهلها ليؤذيها أو يأخذ مالها فمن علم المفتي منه ذلك لا يحل له أن يفتيه بقهرها على السفر لانا نعلم أن القائل بهذا القول لا يريد به الجواز في مثل هذه الصورة وقد يتفق تزوج غريب بامرأة غريبة في بلدة ولا يتيسر له فيها المعاش ويريد أن ينقلها الى بلد يتيسر له فيها المعيشة سواء كانت بلده أو غيره وهو مأمون عليها فمن علم المفتي منه ذلك لا يحل له أن يفتيها بالامتناع عن السفر لانا نعلم يقيناً ان القائل بهذا القول لا يريد به المنع في مثل هذه الصورة بل قد يريد نقلها الى بلدها كمن ذهب بزوجته الى الحج مثلا فأقام بها في مكة مدة ثم حج وامتنعت من السفر معه الى بلده فهل يقول احد بمنعه عن السفر بها وتركها وحدها تفعل ما أرادت . وقد يتفق أن الشخص يكون مستخدماً في بلد فيتزوج فيه وتنقله المصلحة التابع هو لها الى بلدة أخرى ويريد سفر زوجته معه لان معيشته غير متيسرة في بلدها فهل يقول أحد بمنعه في هذه الحالة فتعين تفويض الامر الى المفتي وليس هذا خاصاً بمسئلة السفر بل لو علم المفتي انه يريد نقلها من نقطة الى نقطة اخرى في البلدة بعيدة عن اهلها بقصد اضرارها لا يجوز له أن يعينه على ذلك بالفتوى ومثل المفتي القاضي فانه يحكم بحسب الظروف والاحوال فلا يتبع قولا لما يترتب على ذلك من الاضرار بالزوج أو الزوجة وأصل هذا كله قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) أى لا تستعملوا معهن الضرر فهذه الآية صريحة فيما قررناه

وأما اذا امتنعت الزوجة عن السفر أو عن الانتقال الى بيت الزوج الا اذا أخذت معجل مهرها فلها ذلك لان لها الحق فى هذا الطلب فاذا كان امتناعها من ذلك لاخذ المؤجل من المهر قبل حلول الاجل فلا حق لها لانها أسقطت حقها بالتأجيل فلا حق لها فى الطلب الا عند حلول الاجل وحاصله انه إما أن يصرحا بتعجيل المهر كله أو بتعجيل البعض وتأجيل البعض الآخر أو بتأجيله كله او يسكتا فان شرطا تعجيله فلها الامتناع حتى تستوفيه ولا اعتبار بالعرف اذا جاء التصريح بخلافه وكذا اذا اشترطا حلول البعض فلها الامتناع حتى تقبض المشروط فقط وأما اذا اشترطا تأجيل الكل فليس لها الامتناع أصلا لأنها أسقطت حقها بالتأجيل وعن أبي يوسف أن لها الامتناع استحسانا لأنه لماطلب تأجيله كله فقد رضى باسقاط حقه في الاستمتاع وبعضهم يفتى بقول أبي يوسف استحسانا لان العادة جارية بتأخير الدخول عند تأخير جميع المهر وأما ان سكتا عن التعجيل والتأجيل فينظر الي العرف فان كان العرف تعجيل بعضه وتأخير باقيه الي الموت أو الميسرة أو الطلاق مثلا فليس لها ان تمنع نفسها الا الي تسليم المهر المتعارف تعجيله فننظر الي المرأة والي المهر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من هذا المهر فيتعجل ذلك ولا يتقدر بالربع ولا بالخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفاً كالثابت نصاً بخلاف ما اذا اشترطا تعجيل الكل اذ لا عبرة بالعرف اذا جاء التصريح بخلافه.

ويكون للزوجة الحق في هذا الامتناع سواء كان قبل الدخول بها أو بعده متى كان الدخول برضاها عند الامام ابي حنيفة وقال الصاحبان اذا دخل بها مختارة فليس لها الحق فى الامتناع بعد ذلك لان المعقود عليه كله صار مسلما

اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد لها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس وذلك كالبائع اذا سلم المبيع. وله انها منعت عنه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في المحل المحترم فلا يخلو عن العوض ابانة لخطره والتأكيد بالواحدة لجهالة ماوراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم فاذا وجد آخر بالفعل وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل وذلك نظير العبد اذا جنى جناية يدفع كله بها فاذا جنى جناية أخرى وأخرى يدفع بجميعها ويبنى على هذا الاختلاف استحقاق النفقة بعد الامتناع فعنده تستحقها وليست بناشزة وعندهما لا تستحقها وهي ناشزة وبعضهم يفتي بقول ابي يوسف ومحمد في الامتناع من الوطء اومن الانتقال الى بيت الزوج وبقول ابي حنيفة في السفر يعني بعد الدخول لا تمنع نفسها ولو منعت لا نفقة لها كما هو مذهبهما ولا يسافر بها ولها الامتناع منه لطلب المهر ولها النفقة كما هو مذهبه - هذا بالنسبة لسفر الزوج بالزوجة فلو اراد أبوها السفر واخذها معه فللزوج منعه من ذلك أن اوفاها معجل مهرها — انظر مادة (١٦٢)

وان مرضت الزوجة مرضاً يمنع من مباشرتها فاما ان يكون هذا المرض بعد الزفاف والانتقال الى بيت الزوج اوقبله فان كان الاول فاما ان تبقى ببيت الزوج اوتنتقل الى بيت اهلها فان بقيت في منزل الزوج استحقت النفقة بالاتفاق لانها سلمت نفسها وليس المانع من جهتها فلا تسقط نفقتها

(مادة ١٦٢) تجب النفقة للزوجة لو أبت أن تسافر مع زوجها فيما هو مسافة قصر او فوقها او منعت نفسها لاستيفاء ما تعورف تعجيله من المهر سواء كان قبل الدخول بها أو بعده

وان انتقلت الى بيت اهلها لتمرض فيه فاما ان يطالبها الزوج بالعودة الى بيته اولا فان لم يطالبها استحقت النفقة بالاتفاق ايضاً لانها سلمت نفسها الى الزوج وبانتقالها الى منزل ابيها لتمرض فيه لا تعد ناشزة ولم تمنع نفسها عند الطلب لانه لم يحصل فتستحق النفقة. وان طالبها الزوج بالعودة الى منزله فاما ان يكون في امكانها الانتقال اليه اولا فان لم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة تحمل عليها فلها النفقة لان اجابة طلبه غير ممكنة في هذه الحالة فلا تكون ناشزة فلا تسقط النفقة وان امكنها الانتقال ولو بواسطة آلة وامتنعت فاما ان يكون امتناعها بحق او بغير حق فان كان امتناعها بحق كما اذا قالت لا أنتقل الا بعد ان تعطيني معجل صداقي او بعد ان تهيء لي منزلا للسكنى خالياً من اهلك استحقت النفقة ايضا لاحقيتها في هذا الطلب . وان كان امتناعها بغير حق سقطت نفقتها لانها تكون ناشزة اي خارجة عن طاعته بغير حق فلا تستحق عليه النفقه

وان كان الثاني وهو ما اذا كان مرض الزوجة قبل انتقالها الى منزل الزوج فاما ان يمكنها الانتقال اولا يمكنها فان أمكنها الانتقال وجبت عليه النفقة الا اذا منعت نفسها بغير حق وان لم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة فظاهر عبارة المادة وجوب النفقة ايضا لانه قال « اوقبلها ثم انتقلت اليه وهي مريضة اولم تنتقل ولم تمنع نفسها بغير حق فلها النفقة عليه » وهو رأي بعضهم ولكن صريح مادة (١٦٧) ان النفقة لا تجب لها في هذه الحالة وهو قول آخر في المسألة فعلى القول الاول لا نحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا مرضت بعد ما زفت الى منزل الزوج وانتقلت الى بيت اهلها ولا يمكنها

الانتقال اصلا لانه سوى بينهما في الحكم - والفرق على القول الثاني انها لما انتقلت الي بيته فقد تحقق التسليم ولا تصير بعده ناشزة الا اذا امكنها الانتقال اليه وامتنعت بخلاف ما اذا لم يوجد تسليم اصلا ومرضت بحيث لا يمكنها الانتقال فلا نفقة لها لعدم التسليم اصلا لا حقيقة ولا حكما ويظهر من عباراتهم أن الفتوى على القول الثاني - انظر مادة (١٦٣)

وان حبس الزوج فلا تسقط نفقتها سواء قدر على اداء الدين الذي حبس لاجله اولم يقدر او حبس ظلما لان الاحتباس هنا فات من جهة الزوج ولا فرق بين أن تحبسه هي لدين لها عليه أو يحبسه غيرها فاذا كانت هي السبب في حبسه وطلب أن تحبس معه فلا يجاب الى ذلك ولكن قال بعض المتأخرين اذا خيف عليها الفساد تحبس معه — وهو حسن انظر مادة (١٦٤)

وكما تجب نفقة الزوجة على زوجها تجب نفقة خادمتها عليه ايضا ان كان الزوج موسرا عند أبي حنيفة وهو المفتي به لأنه اذا كان معسرا فالواجب عليه أدنى الكفاية فتخدم هي نفسها وقال محمد يجب عليه نفقة خادمتها ولو كان معسرا والمعول عليه ان النفقة لا تجب الا اذا كانت الخادمة مملوكة لها ومتفرغة

(مادة ١٦٣) اذا مرضت المرأة مرضاً يمنع من مباشرتها بعد الزفاف والنقلة الي منزل زوجها أو قبلها ثم انتقلت اليه وهي مريضة أو لم تنتقل ولم تمنع نفسها بغير حق فلها النفقه عليه فلو مرضت في بيت الزوج ثم انتقلت الي بيت اهلها فان طالبها الزوج بالنقلة ولم يمكنها الانتقال بمحفة أو نحوها فلها النفقه وان امتنعت بغير حق مع قدرتها على الانتقال بنحو ما ذكر فلا نفقة لها

(مادة ١٦٤) اذا كان الزوج محبوساً ولو بدين عليه لزوجته فلا تسقط نفقتها وان كان غير قادر على ادائه

لخدمتها لا شغل لها غيرها فلو لم تكن لها خادمة مملوكة لم يلزم الزوج كراء أحد يخدمها لكن يلزمه أن يشتري لها ما تحتاجه من السوق — وقال أبو يوسف تفرض نفقة خادمتين لأنها تحتاج الى واحدة منهما للخدمة الداخلية والاخرى للخارجية وأبو حنيفة ومحمد يقولان ان الواحدة تقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنتين ويظهر جلياً ان هذا ليس اختلاف حجة وبرهان بل هو اختلاف بحسب الظروف والاحوال ولذا قال أبو يوسف ان المرأة اذا كانت ممن يجلّ قدرها عن خدمة خادمة واحدة يلزم الزوج بنفقة من لا بدّ لها منه من الخدم ولو اكثر من اثنتين وهو المعوّل عليه ولو كان لرجل أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرضت عليه نفقة خادمين أو اكثر على حسب ما يكفيهم اتفاقاً - انظر مادة (١٦٥)

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في بيان من لا نفقة لهن من الزوجات)

لا تجب النفقة للزوجة على زوجها اذا كانت صغيرة بحيث لا تصلح للرجال ولا تشتهى للوقاع وان أمسكها الزوج في بيته لان امتناع الاحتباس

(مادة ١٦٥) اذا كان الزوج موسراً وكان لامرأته خادمة تجب عليه نفقتها بقدر ما يكفيها على حسب العرف بشرط ان تكون الخادمة مملوكة لها ملكاً تاماً ومتفرغة لخدمتها لا شغل لها غيرها واذا زفت اليه بخدم كثير استحقت نفقة الجميع عليه ان كان ذا يسار واذا رزق أولاداً لا يكفيهم خادم واحد يفرض عليه نفقة خادمين او اكثر على قدر حاجة أولاده

لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو الذي يكون وسيلة الى المقصود المستحق بالعقد وما لم يوجد فلا تجب لها النفقة وقال أبو يوسف ان أمسكها في بيته للاستئناس بها وجبت لها النفقة واختاره بعض المشايخ - وقد حصل خلاف في حد المطيقة للجماع والصحيح انه غير مقدر بالسن وانما العبرة بالاحتمال والقدرة على الجماع فان السمينة الضخمة ليست مثل النحيفة المزيلة ولا يشترط في صلاحيتها للرجال ان تكون مطيقة للجماع المعول عليه في الشرع بل لو كانت تشتهي للقبلة أو اللمس أو التفخيذ مثلا وجبت لها النفقة ولا يجوز أن يفهم أحد من قوله في المادة ولو فيما دون الفرج ان إتيانها في الدبر جائز لأن هذا لا قائل به أصلاً فالمراد ما ذكرناه لك ولا تلتفت الى غيره فانه ناشيء من عدم فهم الآية الشريفة — أنظر مادة (١٦٦)

واذا مرضت الزوجة قبل انتقالها الى بيت الزوج ولم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة فلا تجب نفقتها على الزوج وقد عرفت في شرح مادة ١٦٣ أن هذا القول هو المعول عليه وهناك من قال بوجوب النفقة لها فارجع اليها ان شئت — انظر مادة (١٦٧)

وان سافرت الزوجة الى الحج فاما ان يكون زوجها مرافقاً لها أولا فان لم يكن مرافقاً لها في هذا السفر فلا تستحق النفقة على زوجها سواء كان الحج فرضاً أو نفلا وسواء سافرت مع محرم لها كأبيها مثلاً أو مع غير

(مادة ١٦٦) اذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للرجال ولا تشتهى للوقاع ولو فيما دون الفرج فلا نفقة لها على زوجها الا اذا امسكها في بيته للاستئناس بها

(مادة ١٦٧) المريضة التي لم تزف الى زوجها ولم يمكنها الانتقال أصلا لا نفقة لها

محرم كابن عمها وسواء كان خروجها للحج قبل تسليم نفسها إلى الزوج أو بعده وقال أبو يوسف لها النفقة اذا كان الحج فرضاً لان اقامة الفرض عذر كالصوم والصلاة فتجب لها النفقة والمعوّل عليه هو الاول لان الامتناع من جهتها فأوجب سقوطها بخلاف الصلاة والصوم لوجود الاحتباس فلا يمنع اشتغالها بهما من وجوب النفقة . وان كان زوجها مرافقاً لها في السفر فان كان هو الذى سافر وأخذها معه وجب لها عليه نفقة الحضر والسفر أي نفقة الاقامة والسفر لانها تابعة له وان كانت هى التي سافرت وأخذته معها فلها عليه نفقة الاقامة لا السفر فلا يلزمه الكراء ومؤنة السفر لأنه تابع لها — أنظر مادة (١٦٨)

وان كانت الزوجة محترفة بما يشغلها خارج البيت نهاراً وتعود الى منزل زوجها ليلا فاما أن يمنعها من الخروج أو لا فان منعها وامتثلت أمره وجبت لها النفقة وكذلك إذا لم يمنعها لانها ليست خارجة عن طاعته فاذا منعها ولم تمتثل فلا نفقة لها عليه لانها خارجة عن طاعته بغير حق فتسقط نفقتها ـ انظر مادة (١٦٩)

واذا حبست المرأة بدين فاما ان يكون الحابس لها غير الزوج أو الزوج

(مادة ١٦٨) الزوجة التى تسافر إلى الحج ولو لاداء فريضة بدون ان يكون معها زوجها لا نفقة لها عليه مدة غيابها وان سافرت مع محرم لها فان سافر زوجها وأخذها معه فلها عليه نفقة الحضر ونفقة السفر ولوازمه وأن سافرت هي وأخذت زوجها معها فلها عليه نفقة الحضر لا نفقة السفر

(مادة ١٦٩) الزوجة المحترفة التى تكون خارج البيت نهاراً وعند الزوج ليلا اذا منعها من الخروج وعصته وخرجت فلا نفقة لها ما دامت خارجة

فان كان الاول فلا تجب لها النفقة سواء كانت قادرة على اداء الدين أو غير قادرة لانها اذا كانت قادرة ففوات الاحتباس منها بالمماطلة وان كانت عاجزة عن ادائه ففوات الاحتباس ليس من الزوج فلا تجب عليه نفقتها ولا نفقة لها أيضاً اذا حبست بغير دين ولو كان حبسها ظلما لان المعتبر في سقوط نفقتها فوات الاحتباس لا من جهة الزوج وقد فات الاحتباس هنا لا من جهته وهـذا هو الصحيح

وان كان الثاني وهو ما اذا كان الحابس لها هو الزوج فلا تسقط نفقتها لان فوات الاحتباس من جهته فكان باقياً تقديراً فتجب النفقة . انظر مادة (١٧٠)

واذا نشزت المرأة سقط حقها في النفقة مدة نشوزها والناشزة في اللغة هي العاصية على الزوج المبغضة له يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة وعن الزجاج النشوز يكون بين الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه وفي الشرع هي الخارجة من منزل زوجها المانعة نفسها منه فيشمل ما اذا امتنعت عن المجيء الي منزله ابتداء بغير حق وما اذا خرجت من منزله بعد الانتقال اليه فان كان خروجها من منزله أو امتناعها عن الذهاب اليه لحق شرعي بان امتنعت لاستيفاء معجل مهرها أو لأن البيت الذي يريد نقلها اليه مغصوب فلا تسقط نفقتها لاحقيتها في هذا الامتناع ولكون النشوز أمراً فظيعاً لم يكتف الشارع باسقاط النفقة المستقبلة فقط بل رتب عليه سقوط النفقة المتجمعة على الزوج فاذا كان القاضي فرض لها كل شهر مقداراً معيناً من النقود أو تراضى الزوجان على ان تأخذ هي كل شهر مبلغ كذا في نفقتها ومضت

(مادة ١٧٠) اذا حبست المرأة ولو في دين لاتقدر على ايفائه فلا يلزم زوجها نفقتها مدة حبسها الا اذا كان هو الذي حبسها في دين له .

مدة ولم يعطها تسقط هذه النفقة بالنشوز أيضاً ولو كانت المرأة أخذتها ديناً بغير اذن الزوج او اذن القاضي أما إن كانت الاستدانة باذن الزوج أو القاضي فلا تسقط بالنشوز لأنها صارت في هذه الحالة ديناً صحيحاً وهو لا يسقط الا بالأداء أو الابراء فان لم تخرج المرأة من البيت بل منعت الزوج من أن يدخل عليها وكان البيت المقيمان به ملكا لها فاما ان تكون سألته النقلة منه أو لم تسأله فان سألته بان قالت له حولني الى منزلك أو استأجر لي منزلا ومضت المدة الكافية بحسب العرف للبحث عن منزل ليستأجره فلها الحق في النفقة لانها محقة في هذا الطلب فاذا لم يجبها فلها الحق في منعه من دخوله بيتها فلا تسقط نفقتها وان لم تكن سألته النقلة فلا نفقة لها لنشوزها اذ هي خارجة عن بيته حكما فعلم مما تقدم أن سقوط النفقة مترتب على النشوز فاذا زال بان عادت الى زوجها في صورة الخروج منه أودعته يدخل عليها بيتها في صورة منعه استحقت النفقة في المستقبل فقط فلا يعود ماسقط منها بنشوزها سواء كان عودها الى منزل زوجها وهو مقيم به أو مسافر لزوال المانع وهو النشوز وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا عادت وهو مسافر فلا حق لها في النفقة — وهو الظاهر كما لا يخفى

فان لم تخرج من بيته ولكن منعته من الاستمتاع بها فلا تكون ناشزة نشوزاً موجباً لسقوط النفقة لان الظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها — انظر مادة (١٧١)

(مادة ١٧١) الناشزة وهي التي خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا اذنه —

ولا تجب النفقة على الزوج لزوجته الا اذا كان العقد صحيحاً لان الاحتباس الموجب للنفقة لا يكون الا به فلو كان العقد فاسداً أو لم يكن هناك عقد أصلا بان وطئت المرأة بشبهة كما اذا زفت اليه امرأة وقيل له هي زوجتك فدخل بها وتبين الحال بعد ذلك وفرق بينهما فلا تجب النفقة ولكنهم استثنوا من النكاح الفاسد العقد بلا شهود فانه وان كان فاسداً تجب النفقة فيه على رأي بعضهم لانه مختلف فيه اذ بعضهم يقول بجواز عقد الزواج بغير شهود وانما الشرط الاعلان ويترتب على عدم استحقاقها للنفقة ان الزوج في صورة النكاح الفاسد وان الواطئ بشبهة اذا أعطاها نفقة قبل ظهور الحال من فساد العقد والوطئ بشبهة ثم علم وحصل التفريق بينهما يرجع بما أعطى لكل منها اذا كان الاعطاء بأمر الحاكم لانه مضطر فى الدفع اليها بسبب امر الحاكم له والحاكم لم يأمره الابناء على استحقاقها للنفقة فاذا تبين عدم الاستحقاق رجع بما دفع

فان كان الاعطاء بغير امر الحاكم فلا يرجع بما أعطى لانه غير مضطر في هذا الاعطاء خصوصاً وان النفقة لها شبه صلة فلا يرجع فيما انظر مادة (١٧٢)

بغير وجه شرعي يسقط حقها في النفقة مدة نشوزها وان كانت لها نفقة مفروضة متجمدة تسقط أيضاً بنشوزها وكذا المستدانة بغير امر الحاكم وامر الزوج وتكون ناشزة ايضا اذا كان البيت المقيمان به ملكا لها ومنعته من الدخول عليها مالم تكن سألته النقلة منه فلم ينقلها فان عادت الناشزة الى بيت زوجها ولو بعد سفره او دعته يدخل عليها اذا كان المنزل لها عاد حقها فى النفقة ولا يعود ما سقط منها بنشوزها وان منعته من الاستمتاع بها وهى في بيته فلا تكون ناشزة نشوزاً موجباً لسقوط النفقة

(مادة ١٧٢) المنكوحة نكاحا فاسداً والموطوأة بشبهة لا نفقة لهما الا المنكوحة

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في تقدير نفقة الطعام)

قد عرفت مما تقدم ان النفقة في الشرع هي الطعام والكسوة والسكنى وحيث ان النفقة واجبة على الزوج لزوجته فيلزمه كل هذه الاشياء ولكن اختلفت الأئمة في تقدير هذه الاشياء فقال الشافعي وبعض الحنفية تقدر بحسب حال الزوج فان كان موسراً فرضت عليه نفقة الموسرين ولو معسراً فنفقة المعسرين ولومتوسطاً فنفقة الوسط وبعضهم يقول يعتبر حال الزوجين معاً فان كانامعسرين اوموسرين اومتوسطين فنفقة الاعساراً واليسار او الوسط وان كان احدهما موسراً والاخر معسر ايجب عليه نفقةدون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وهي المتوسطة فان كان الزوج هو الموسر والزوجة معسرة فهو قادر على ان يدفع لها النفقة المتوسطة وان كان الزوج هو المعسر والزوجةهي الغنية فانه يطالب بما في وسعه الآن ويكون الفرق بين نفقة المعسر والمتوسط ديناً عليه الى الميسرة فاذا فرضنا ان الشخص المعسر ينفق على زوجته مائتي قرش في الشهر مثلا والمتوسط ينفق اربعمائة فنأمره بدفع المائتين والمائتان الباقيتان تكونان ديناً في ذمته تأخذهما منه الزوجة عند يساره ولا يخفى انه لا يمكن ضبط كل من الموسر والمعسر والمتوسط لاشتمال كل منهم على افراد كثيرة فينظر الى حالة كل منهم .فيؤخذ مما تقدم انهم اتفقوا على وجوب

بلا شهود فاذا فرض الحاكم لاحداها نفقة قبل ظهور فساد النكاح وفرق بينهما فللزوج الرجوع عليها بما أخذته منه بامر الحاكم لا بما اخذته بلا أمره

نفقة الموسرين اذا كانا موسرين وعلى نفقة المعسرين اذا كانا معسرين وكذا الحال في المتوسطين وانما الاختلاف فيما اذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعلى القول الاول الاعتبار بحال الزوج فان كان موسراً وهي معسرة تجب عليه نفقة الموسرين ولا يجب عليه أن يطعمها مما يأكل لكن يستحب أن يؤاكلها لانه مأمور بحسن العشرة معها واظهار مكارم الاخلاق وذلك في أن يؤاكلها لتكون نفقته ونفقتها سواء — وان كان معسراً وهي موسرة وجب عليه نفقة المعسرين لانها لما تزوجت معسراً فقد رضيت بنفقة المعسرين ومع ذلك فيمكنها أن توسع على نفسها من مالها وأما على القول الثاني فيجب عليه نفقة الوسط في المسئلتين وهي فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة واستدل الاول بقوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً) فقد اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعاً وأمره بالانفاق فلا مصير الى غيره فلو اعتبرنا حالها فقد تركنا العمل بالكتاب ـ وبيانه ان الزوج ان كان معسراً وهي موسرة فلو اوجبنا عليه فوق نفقة المعسرات لكان تكليفا بما ليس في وسعه وهو منفي بالنص ـ واستدل الثاني بما روى ه ان هندا بنت عتبه وهي امرأة أبي سفيان اتت الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت له يارسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدى الا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها ولكن لقائل أن يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعي لان المدعي هو اعتبار حالهما والحديث يدل على اعتبار حالها ويمكن أن يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها وأما اعتبار

حاله فالآية تدل عليه والمخالف يقول به فاذا الآية تدل على اعتبار حاله والحديث يدل على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبراً من وجه وحالها كذلك وهو الموافق للفقه كما قيل لان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة على كفايتها نظراً لحال الزوج ويجيب هذا القائل عن الآية المتقدمة بانه لا يخالفها بل يقول بموجبها ولذا يكلف الزوج بالانفاق بقدر وسعه ان كان فقيراً وهي الموسرة لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع ويكون الباقي ديناً في ذمته عملا بالدليلين ولا يؤديه مع العجز وصريح كلامهم ان الفتوى على الثاني وان قال بالاول جمع من المشايخ بل هو الذى نص عليه الامام محمد وقال به الامام الشافعي وهو الظاهر — انظر مادة (١٧٣)

وعندما يفرض القاضي نفقة الطعام للزوجة ويقدرها ان شاء فرضها اصنافا وامر الزوج باحضارها لها وان شاء قوم هذه الاصناف وامر الزوج بدفع قيمتها لها ولا شك ان هذا التقويم يختلف على حسب اختلاف أسعار المأكولات في البلدة غلاء ورخصاً رعاية لجانب كل من الزوج والزوجة ولذا لو قدر أصنافا وقومها بدراهم وامر الزوج باعطائها للزوجة وتغير السعر تزاد الدراهم أو تنقص على حسب تغير السعر فاذا غلا السعر قضي على الزوج بزيادة الدراهم بنسبة الغلاء واذا رخص حكم بنقصها بالنسبة للرخص أيضاً فان كان

(مادة ١٧٣) تقدر نفقة الطعام بقدر حال الزوجين يسارا واعسارا فان كانا موسرين فنفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان مختلفين حالا فنفقة الوسط فلو كان الزوج هو الفقير لا يخاطب الا بقدر وسعه والباقي دين عليه الى الميسرة

الزوج هو الذي يأتيها بالاصناف المقدرة فلا نقص ولا زيادة لانه هو الذي يدفع ثمنها فسواء غلت أو رخصت فهو المكلف باحضارها — انظر مادة (١٧٤)

ولا يتعين زمن مخصوص لاعطاء النفقة للمرأة فيه بل هذا يختلف باختلاف حال الزوج وحينئذ يعتبر الاصلح والايسر فان كان الزوج محترفا يكتسب قوته كل يوم تقدر النفقة عليه يوماً فيوماً ويعطيها نفقة كل يوم معجلا عند مساء اليوم الذي قبله لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان من الصناع الذين لا يقبضون اجرتهم الا في نهاية الاسبوع تقدر عليه كل اسبوع ويعطيها نفقته مقدماً أيضاً لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك الاسبوع وان كان من أرباب المرتبات تفرض عليه كل شهر لانه لا يستحق مرتبه الا في نهاية الشهر ويعجلها لها لما تقدم وان كان من الزراع يأمره القاضي باعطاء النفقة لها عند حصد أي زرع حسب التقدير الذي يقدره ولكن هذا مقيد بما اذا لم يماطلها الزوج في دفع النفقة في مواعيدها المقررة فان ماطلها كان لها الحق في طلبها في كل يوم مهما كانت حرفة الزوج لان حصة كل يوم معلومة فيمكنها المطالبة بها وينبغي أن يكون محل تعيين الزمن على حسب حال الزوج اذا رضي فان لم يرض بذلك بل قال انا أدفع نفقته كل يوم معجلا

(مادة ١٧٤) تفرض النفقة اصنافاً أو تقوم الاصناف بدراهم على حسب اختلاف اسعار المأكولات في البلدة غلاء ورخصاً رعاية للجانبين فاذا غلا السعر تزداد النفقة المقدرة للمرأة واذا رخص تنقص عن الزوج ولو بعد القضاء بها

فلا يجبر على غيره لانه انما اعتبر ما ذكر تخفيفاً عليه فان كان يضره فلا يصار اليه — انظر مادة (١٧٥)

والزوج هو الذى يتولى الانفاق بنفسه على زوجته لانه قوام عليها متى كان النكاح قائماً فان قام بما يلزمه شرعاً فبها وان اشتكت الزوجة منه وادعت انه مقصر في الواجب عليه وتريد القضاء عليه بتقدير النفقة وتسليمها لها لتتولى هي الانفاق على نفسها فلا يجيبها القاضى الى ما طلبت قبل التحرى فان تحرى وظهر له عدم صدقها بسبب كون الزوج صاحب مائدة وطعام كثير بحيث يمكنها أن تتناول منه مقدار كفايتها أو بغير ذلك رفض دعواها لانها متعنتة في هذا الطلب فلا تجاب اليه وان ظهر له صدقها اجاب طلبها وحينئذ يقدر النفقة ويأمره باعطائها لها على الوجه المتقدم لتتولى هي الانفاق على نفسها لان طريق ايصال النفقة اليها نوعان تمكين وتمليك فالتمكين متعين فيما اذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة فتتمكن المرأة من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالبه بفرض النفقة وان لم يكن بهذه الصفة فان رضيت أن تأكل معه فبها

وان خاصمته في فرض النفقة يفرض لها بالمعروف وهو التمليك فان

(مادة ١٨٥) يعتبر في فرض النفقة واعطائها للمرأة الاصلح والايسر فان كان الزوج محترفاً يكتسب قوته كل يوم تقدر النفقة عليه يوما بيوم ويعطيها نفقة كل يوم معجلا عند مساء اليوم الذي قبله وان كان من الصناع الذين لا ينقضي عملهم الا بمضي الاسبوع تقدر عليه كل اسبوع وان كان تاجراً أو من أرباب الماهيات تفرض عليه كل شهر وان كان مزارعا تفرض عليه كل سنة فان ماطلها الزوج في دفع النفقة في مواعيدها المقررة فلها أن تطلب نفقة كل يوم

امتثل بما حكم به القاضى فيها وان امتنع فاما أن يكون موسراً يقدر على دفع ما قضى عليه به أو غير موسر فان كان الاول وطلبت المرأة حبسه فان كان له مال ظاهر وكان فاضلا عن حوائجه الاصلية فللحاكم أن يبيعه بالنيابة عنه وان لم يرض ويعطيها الثمن لتنفقه على نفسها لان المدين اذا امتنع عن وفاء ما عليه من الدين باع القاضى من أمواله ولو جبراً مايسدد به ذلك الدين وان لم يكن له مال ظاهر أجاب القاضى طلبها لكن لا يحبسه فى أول مرة بل يعزره بما يليق به فى مجلس أو مجلسين فان امتثل خلى سبيله وان لم يمتثل حبسه لانه متعنت في عدم الدفع اذا الفرض انه موسر وان كان الثاني وهو ما اذا كان غير موسر فلا يجيب طلبها الى حبسه — انظر مادة (١٧٦)

فقد بان لك انه متى ظهر للقاضي يسار الزوج وامتنع عن الانفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر يبيعه القاضى للنفقة عليها حبسه حتى يمتثل فان ظهر له عجزه فلا يحبسه لانه لا فائدة فيه فان طلبت المرأة من القاضى أن يفرق بينهما بسبب عجزه عن النفقة فلا يجيبها الى هذا الطلب بل يفرض لها النفقة على حسب حالها أو حال الزوج كما عرفته مما تقدم ويأمرها بان

(مادة ١٧٦) للزوج أن يلي الانفاق بنفسه على زوجته حال قيام النكاح فاذا اشتكت مطله في الانفاق عليها وثبت ذلك عند الحاكم ولم يكن الزوج صاحب مائدة وطعام كثير بحيث يمكنها أن تتناول منه مقدار كفايتها بحضره الحاكم ويقدر النفقة بحضوره على الوجه المتقدم في المادة السالفة ويأمره باعطائها اياها لتنفق على نفسها فاذا امتنع مع اليسر من اعطائها بعد أمر الحاكم وطلبت المرأة حبسه له أن يحبسه الا أنه لاينبغى أن يحبسه في أول مرة بل يؤخر الحبس الى مجلسين أو ثلاثة يعظه في كل مجلس فان لم يدفع حبسه حينئذ . وللحاكم أن يبيع عليه من أمواله ما ليس من أصول حوائجه ويصرف ثمنه في نفقتها

تستدين ما فرضه لها على الزوج ليؤخذ منه اذا أيسر وقد يقال ربما لا تجد من يعطيها النفقة المفروضة ديناً على الزوج فنقول يجبر من تجب عليه نفقتها من الاقارب بفرض عدم وجود الزوج على أن يعطيها مقدار النفقة المقدرة ليرجع بها على الزوج اذا أيسر فاذا كان لها ابن موسر أجبر على ذلك فان لم يكن فالاب فان لم يكن الاب موجوداً أو كان ولكنه معسر فالام وهكذا جميع الاقارب بالترتيب الذي ستعرفه في نفقة الاقارب انشاء الله تعالى — فاذا امتنع من تجب عليه النفقة لولا وجود الزوج عن الادانة حبسه القاضي حتى يمتثل وفائدة أمر القاضي بالاستدانة مع فرض النفقة لها هي أن يمكنها احالة من أخذت منه النفقة ديناً على الزوج وان لم يرض فيطالبه بها بخلاف ما إذا كانت بغير أمره حيث تطالب هي ثم ترجع به على الزوج ولا تحيل عليه الغريم بالارضاء لعدم ولايتها عليه . وقال الشافعي رحمه الله تعالى يفرق القاضي بين الزوجين بعجزه عن النفقة لما روى أبو هريرة من قوله عليه الصلاة والسلام « ابدأ بمن تعول فقال من أعول يارسول الله قال امرأتك تقول اطعمني أو فارقني وجاريتك تقول اطعمني واستعملني وولدك يقول الى من تتركني » وكتب سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا نفقتهن الباقية ولان الواجب على الزوج الامساك بالمعروف وقد فات ذلك بالعجز عن النفقة فتعين التسريح بالاحسان فصار كالجب والعنة بل أولى لان البدن لا بقاء له بدون النفقة ويبقى بدون الجماع

ولنا قوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فيدخل تحته

كل معسر وقوله تعالى (لا يكلف الله نفساً إلاّ ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً)

وهذا دليل على أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالانفاق فلا يجب عليه الانفاق في هذه الحالة

ولان في التفريق ابطال الملك على الزوج وفي الامر بالاستدانة تأخير حقها وهو أهون من الابطال فكان أولى

والحديث المتقدم لا دلالة فيه على ذلك لانه ليس فيه الا حكاية قول المرأة اطعمني أو فارقني فليس فيه دلالة على ان الفراق واجب عليه اذا طلبت ذلك ولا يمكن الاحتجاج بكتاب سيدنا عمر أيضاً لان مذهبه اسقاط طلبها من المعسر كما رواه الثقاة وكتابه كان الى القادرين على النفقة ولهذا أمرهم ان يوفوا بالبقية من النفقة الماضية

ولا يمكن قياس النفقة على الجب والعنة لانهما يفوت بهما المقصود من الزواج وهو التناسل والمال تابع فلا يلحق بما هو أصل ولان النفقة لا تفوت بل تتأخر وتبقى ديناً في الذمة فيمكن تداركها بعد زمن فلا تكون معارضة لابطال حقه في الملك وفي الجب والعنة لا يمكن ذلك فتعارض الحقان فترجح حقها لانه أصدق من حقه اذ لا حاجة له اليها فيما يرجع الى المقصود بالزواج

وبهذا تبين ان الامساك بالمعروف لم يفت لان كل واحد مخاطب بما في قدرته لقوله تعالى (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وليس له قدرة الا على الالتزام في الذمة فيجب المصير اليه الى الميسرة بالنص ولهذا وجب

المصير اليه فى حق المهر والنفقة المجتمعة من الماضى

وقال الامام مالك رحمه الله تعالى اذا امتنع الزوج من الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فان لم يكن له مال ظاهر وأصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضى في الحال

وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا وان أثبت الاعسار أمهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك

وان كان الزوج مريضاً أو مسجوناً وامتنع عن الانفاق على زوجته أمهله القاضي مدة يرجى فيها الشفاء أو الخلاص من السجن فان طالت مدة المرض أو السجن بحيث يخشى الضرر أو الفتنة طلق عليه القاضي

واذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة ولم يترك نفقة لزوجته ضرب القاضي له أجلا فان لم يرسل ما تنفقه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضى الاجل فان كان بعيد الغيبة أو كان مجهول المحل وثبت انه لا مال له تنفق منه الزوجه طلق عليه القاضى

فان كان للزوج الغائب مال أو دين فى ذمة أحد أو وديعة في يد آخر كان للزوجة حق طلب فرض النفقة من ذلك المال أو الدين ولها ان تقيم البينة على من ينكر الدين أو الوديعة ويقضي بطلبها وذلك بعد ان تحلف انها تستحق النفقة على الغائب وانه لم يترك لها مالاً ولم يقم عنه وكيلا في الانفاق عليها

وتطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعياً فللزوج أن يراجع زوجته اذا ثبت يساره واستعد للانفاق في أثناء المدة فان لم يثبت يساره أو لم يستعد

للانفاق لم تصح الرجعة

وقال الامام أحمد رضى الله تعالى عنه متى عجز الزوج عن نفقة المعسرين سواء كانت النفقة قوتاً أو كسوة او مسكنا بان لم يقدر على شيء أصلا اوصار لا يجد النفقة الا يوما دون يوم فللزوجة الفسخ فوراً ومتراخيا ولها المقام معه مع منعها نفسها عنه وبدونه ولا يمنعها تكسباً ولها الفسخ بعده فان غاب الموسر عن زوجته وتعذرت عليها النفقة بان لم يترك لها ما تنفقه على نفسها ولم تقدر له على مال ولا أمكنها تحصيل نفقتها بالاستدانة عليه ولا غيرها فلها الفسخ فوراً ومتراخياً

وقال بعضهم لا تملك الفسخ الا إذا ثبت اعساره

ولا يصح الفسخ في ذلك كله بلا حكم حاكم فيفسخ بطلبها اوتفسخ هي بامره لانه فسخ مختلف فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجب الحكم الا بطلبها لانه لحقها فلا يجوز من غير طلبها كالفسخ للعنة فاذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه لانها فرقة لعجزه عن الواجب عليه فاشبهت فرقة العنة

وللحاكم بيع عقار وعرض لغائب ترك زوجته بلا نفقة ولا منفق ان لم تجد غيره وينفق عليها يوما بيوم ولا يجوز أكثر ثم ان بان ميتاً قبل انفاقه حسب عليه ما أنفقته بنفسها او بامر الحاكم . وان امتنع الموسر من النفقة او من الكسوة أو بعضها وقدرت على أخذ ذلك من ماله فلها الاخذ بلا اذنه بقدر كفايتها وكفاية ولدها الصغير لحديث هند الى آخر ما هو مذكور في دليل الطالب في صحيفة ٩٤ من الجزء الثانى

واذا كان للزوج الفقير أولاد تجب نفقتهم عليه اجبر من تجب عليه النفقة لولا وجود الاب على الانفاق عليهم فاذا امتنع عن ذلك مع القدرة حبسه القاضي حتى يمتثل — أنظر مادة(١٧٧)

فقد بان لك مما تقدم ان القاضي انما يفرض النفقة للزوجة ويأمر الزوج بتسليمها لها ان ظهر له عدم الانفاق أو التضييق عليها لانه غير قائم بالواجب عليه شرعا فهو ظالم فيردعه القاضي عن ظلمه فاذا فرض الحاكم النفقة او لم يفرضها ولكن حصل اتفاق بين الزوجين على أن يعطيها كل شهر مثلا مبلغا من النقود لتنفقه على نفسها فما دام الزوج مقيما وليس من نيته السفر الى غير البلد المقيمة فيه الزوجة فلا حق لها في مطالبته بالكفيل لامكان مطالبتها الزوج بها عند استحقاقها فاذا عزم الزوج على السفر وعلمت المرأة بذلك أوخافت غيبته فطلبت من القاضي أن يجبر الزوج على أن يأتي لها بشخص يضمن لها النفقة في المدة التي يمكن أن يغيبها الزوج سواء كانت شهراً أو أكثر فقال أبو حنيفة لا يجيبها الى طلبها فلا يجبره على ذلك لان النفقة التي تريد أخذ كفيل بها ليست واجبة عليه الآن اذ الوقت الذي تستحق فيه لم يجيء ، ومن المحتمل سقوطها بالنشوز او بالموت فلا يجبر وقال أبو يوسف يجيب القاضي طلبها فيجبره على اعطائها كفيلا يضمن لها النفقة تلك المدة

(مادة ١٧٧) اذا ثبت اعسار الزوج وعجزه عن القيام بنفقة زوجته فلا يحبسه الحاكم ولا يفرق بينهما بسبب عجزه بل يفرض لها النفقة ويأمرها بالاستدانة عليه وتجب الادانة على من تجب عليه نفقتها من أقاربها عند عدم الزوج وان كان لها أولاد صغار تجب الادانة لاجلهم على من تجب عليه نفقتهم لولا وجود الاب . ويحبس من تجب عليه الادانة اذا امتنع

والفتوى على قوله لان فيه الاستيثاق بالحقوق خصوصاً النفقة التي عليها حياة الانفس وهي وان كانت محتملة للسقوط الا أنه لا ضرر في أخذ الكفيل لانها ان سقطت فلا يطالب بشيء — أنظر مادة (١٧٨)

وليس في النفقة تقدير لازم لان المقصود منها الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم وتختلف باختلاف الاوقات ولذا لا تبقى النفقة المقدرة بحال واحدة بعد تقديرها بل تتغير تبعاً لتغير أحوال الزوجين والغلاء أصناف المأكولات واللوازم ورخصها فاذا قضى بنفقة الاعسار أو بنفقة اليسار فايسر أحدهما أو أعسر تقدر نفقة الوسط وان أيسر ابعد اعسارهما تتم نفقة اليسار للمستقبل لان القضاء بها كان لعذر الاعسار فاذا زال العذر يبطل ذلك ولا يخفى عليك أن هذا مبنى على القول في فرض النفقة باعتبار حال الزوجين وأما على القول الآخر فيعتبر حال الزوج فقط بالنظر ليساره وإعساره وكذا إذا غلت أصناف المأكولات واللوازم أو رخصت فانا نزيد أو ننقص الدراهم المقدرة بنسبة الغلاء او الرخص الذي حصل لان في بقاء التقدير بمقدار معين اضراراً بأحدهما — أنظر مادة (١٧٩)

(مادة ١٧٨) اذا فرض الحاكم النفقة أو تراضي الزوجان على شيء معين فللمرأة إذا علمت أو خافت غيبة زوجها ان تأخذ عليه كفيلا جبراً يضمن لها شهراً أو أكثر على قدر المدة التي يمكن أن يغيبها الزوج

(مادة ١٧٩) النفقة المقدرة لا تبقى بحال واحدة بعد تقديرها بل تتغير تبعاً لتغير احوال الزوجين بحيث لو قضى بنفقة الاعسار أو بنفقة اليسار فايسر أحدهما او اعسر تقدر نفقة الوسط وان أيسرا بعد اعسارهما تتم نفقة اليسار للمستقبل

والزوجة لا يلزمها تهيئة الطعام لنفسها وزوجها وأولادها قضاء بل على الزوج أن يأتيها بمن يهيء ذلك وان كانت الزوجة تؤمر ديانة به ولا يجوز لها أخذ أجرة من زوجها ان باشرت ذلك لوجوبه عليها ديانة ولو شريفة لانه عليه الصلاة والسلام قسم الأعمال بين سيدنا علي كرم الله تعالى وجهه وسيدتنا فاطمة فجعل أعمال الخارج على سيدنا علي وأعمال البيت على سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنها مع انها سيدة نساء العالمين فان كان زوجها مما يبيع الطعام في السوق وهيأته له جاز لها أخذ أجرته لانه لا يلزمها قضاء ولا ديانة

وقال بعضهم ان امتنعت الزوجة عن الخدمة في بيتها فان كانت ممن لا تخدم أو ممن تخدم ولكن بها ما يمنعها عن الخدمة فعليه ان يأتيها بخادمة فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر تجبر على الخدمة قضاء وهذا هو الذي يجب التعويل عليه كما لا يخفى - أنظر مادة (١٨٠)



(الفصل الرابع — في تقدير الكسوة والسكنى)

كما ان نفقة الطعام تجب على الزوج لزوجته بمجرد العقد الصحيح أي سواء انتقلت الى بيت الزوج أو لم تنتقل كذلك الكسوة تجب عليه بمجرد

(مادة ١٨٠) لا يجوز للمرأة أخذ أجرة من زوجها على ما تهيئه من الطعام لا كلهما وان كان لا يجب عليها ذلك قضاء وانما يجوز لها أخذ الاجرة على ما تسويه من الطعام بامره للبيع

العقد الصحيح إذ النفقة شرعاً تشملها لانها عبارة عن ثلاثة أشياء وهي الطعام والكسوة والسكنى وحيث ان الانسان يحتاج الى ثياب في الشتاء تخالف ما يحتاج اليه منها فى الصيف اذ كل زمن له ثياب تناسبه فيفرض على الزوج ان يكسو الزوجة فى كل فصل بما يناسبه من الثياب وما تقدم لك من الخلاف فى تقدير نفقة الطعام وهو اعتبار حال الزوجين أو حال أحدهما جار هنا أيضاً فان كان الزوجان موسرين أو معسرين قضى بكسوة اليسار أو الاعسار بالاتفاق وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فبعضهم يعتبر حالهما وبعضهم يعتبر حاله وقد عرفت دليل كل مما تقدم وكما انه يعتبر حال الزوج في اليسار والاعسار كذلك يعتبر عرف البلد بالنسبة للكسوة إذ كل جهة لها ثياب مخصوصة بهيئة معلومة عندهم فيجب على الزوج ان يأتي زوجته بالكسوة التي تناسب عرف البلد المقيم به الزوجان - أنظر مادة (١٨١)

والزوج هو الذي يلي الانفاق على زوجته فان قام بالواجب عليه شرعاً فبها ونعمت وان اشتكت منه الزوجة ورفعت أمرها الى القاضي وادعت انه لا يكسوها وتحقق عند القاضي ذلك فرض الكسوة كما تقدم فان شاء قدرها ثياباً وأمر الزوج باحضارها لها وان شاء قوم هذه الثياب بدراهم وأمره باعطائها أياها لتشترى بها وهذا يكون من غير شك على حسب الاحوال فان بعض الازواج متى أمر باحضار كسوة زوجته فلا يتأخر والبعض الآخر

(مادة ١٨١) كسوة المرأة واجبة على الزوج من حين العقد الصحيح عليها ويفرض لها كسوتان في السنة كسوة للشتاء وكسوة للصيف ويعتبر في تقديرها حال الزوجين يساراً واعساراً وعرف البلد

عاطل فينظر القاضي ويحكم بالموافق — انظر مادة (١٨٢)

والاصل أن القاضي متى ظهر له الخطأ في التقدير رده فاذا لم يظهر له لا يرد التقدير فان تمزقت الكسوة بالاستعمال قبل مضي الوقت ينظر فان كان بالاستعمال المعتاد قضى لها بكسوة أخرى لانه تبين خطؤه في التقدير وان كان بغير الاستعمال المعتاد فلا يقضى لها لانه لم يتبين خطؤه في التقدير وان ضاعت الكسوة أو سرقت فلا يقضى لها بكسوة اخرى قبل انتهاء المدة المقررة لانها ملكتها بالقبض فهي المسئولة عنها طول المدة ومثله نفقة الطعام فانها ان نفدت قبل مضي المدة ولم يكن ذلك باسراف منها قضى لها بطعام آخر لانه تبين الخطأ في التقدير فان أسرفت بالانفاق فلا يقضى لها بأخرى الا بعد انتهاء المدة لعدم ظهور الخطأ

ولو مضت المدة والكسوة باقية فان لم تستعمل تلك الكسوة أصلا حتى مضى الوقت يفرض القاضي لها كسوة أخرى لانه لم يظهر خطأ القاضي في التقدير لانها لو استعملتها لفنيت وان استعملت تلك الكسوة فان استعملت معها كسوة أخري في تلك المدة يفرض القاضي لها كسوة أخرى في تلك المدة وان لم تستعمل مع هذه الكسوة كسوة أخرى لا يفرض لها القاضي أخرى لانه ظهر خطؤه في التقدير حيث وقت وقتا بقي الكسوة وراءه وفرقوا بين هذا وبين ما اذا فرض لها القاضي عشرة دراهم نفقة شهر مثلا فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيء حيث يفرض لها القاضي هنا عشرة أخري وبيان

(مادة ١٨٢) تفرض الكسوة ثياباً او تقدر الثياب بدراهم ويقضى بقيمتها وتعطى لها معجلة

الفرق بينهما أنه فى هذه المسئلة لم يظهر خطأ القاضى في التقدير بيقين لجوازانه انما بقي من العشرة شيء لتقتير وجد منها فى الانفاق على نفسها فيبقى التقدير معتبراً فيقضي القاضى لها بعشرة أخرى اما فى باب الكسوة اذا لبست جميع المدة ولم تمزق فقد ظهر خطأ القاضي فى التقدير بيقين لاننا تيقنا انه لم يوجد منها التقتير في اللبس

وفرقوا ايضاً بين نفقة الزوجات وكسوتهن وبين نفقة الأقارب وكسوتهن بانه فى الاقارب اذا مضى الوقت وبقي شيء من الدراهم اوالكسوة فان القاضي لا يقضي بأخرى فى الأحوال كلها لان النفقة باعتبار الحاجة فى حق الاقارب وفى حق المرأة جزاء عن الاحتباس ولهذا اذا ضاعت النفقة أو الكسوة من أيديهم يفرض القاضي لهم أخرى بخلاف الزوجة — انظر مادة (١٨٣)

وكما تجب النفقة والكسوة على الزوج لزوجته تجب عليه السكنى لها لانها داخلة فى النفقة شرعا اذهي تشمل الطعام والكسوة والسكني ووجوبها بقدر حالهما معا أو حال الزوج على الخلاف المتقدم فان كان الزوجان موسرين فعلى الزوج اسكانها في دار على حدتها وان لم يكونا كذلك فعليه اسكانها فى بيت من دار على حدته يكون مشتملا على المرافق الشرعية التي يحتاج اليها الانسان حسب حال الزوجين وانما وجبت السكنى لانها من كفاية الزوجة فتجب لها كالنفقة وقد اوجبها الله تعالى كما اوجب النفقة بقوله عز وجل (اسكنوهن من حيث

(مادة ١٨٣) لا يقضى للمرأة بكسوة جديدة قبل تمام المدة الا اذا تخرقت كسوتها بالاستعمال المعتاد . واذا ضاعت الكسوة عندها فهي المسئولة عنها ولا يجب لها على الزوج غيرها قبل حلول المدة

سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) أى اسكنوهن من حيث سكنتم من طاقتكم أى مما تطيقونه سواء كان ملكا أو اجارة أوعارية - انظر مادة (١٨٤)

واذا وجبت السكنى حقاً للزوجة فليس للزوج أن يشرك غيرها معها لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها الا ان تختار ذلك لانها رضيت باسقاط حقها وحينئذ فليس للزوج ان يجبرها على اسكان أحد معها من أهله مطلقاً أي سواء كان من أولاده من غيرها أو من غيرهم الا ان له أن يسكن ولده الصغير الغير المميز معها وان لم ترض لان المعاشرة لا تتعطل بوجوده كما ان له اسكان من يحتاجه لخدمته من غير رضاها أيضاً فاذا أراد أن يسكن جاريته معها أو أم ولده « بأن كانت جارية وواقعها وأتت بولد فقال هذا الولد مني فقد صارت أمه أم ولد له » وامتنعت الزوجة من ذلك تجبر ولا يلتفت لامتناعها لانه يحتاج الى كل منهما لخدمته وكما انه ليس للزوج اسكان أحد معها جبراً الا من ذكروا فليس للزوجة أيضاً ان تسكن أحداً في بيت الزوج ولو كان من تريد اسكانه فيه ولدها الصغير من غيره لان البيت مملوك له ولو منفعة فلا يجبر على سكنى أحد فيه لا تلزمه سكناه شرعاً أما ان كان برضاه فلها ذلك لانه اسقط حقاً له فلا يعارض — انظر مادة (١٨٥)

(مادة ١٨٤) تجب السكنى للمرأة على زوجها في دار على حدتها ان كانا موسرين والا فعليه اسكانها في بيت من دار على حدته به المرافق الشرعية وله جيران بحسب حال الزوجين

(مادة ١٨٥) ليس للزوج ان يجبر المرأة على اسكان احد معها من اهله ولا من أولاده الذين من غيرها سوى ولده الصغير الغير المميز وله اسكان امته وام ولده معها وليس لها ان تسكن معها في بيت الزوج أحداً من اهلها ولو ولدها الصغير من غيره ولا يكون ذلك إلا بالرضا

والزوج هو الذى يسكن الزوجة حيث أحب ولكن يشترط ان لا تتضرر فان تضررت من الزوج بان قالت للقاضى انه يضربنى ويؤذينى فمره ان يسكنني بين قوم صالحين فان علم القاضى ذلك زجره ومنعه من ذلك وان لم يعلم يسأل الجيران عن صنيعه فان صدقوها منعه عن التعدى فى حقها وان لم يكن فى جوارها من يوثق به أو كانوا يميلون الى الزوج أمره باسكانها بين قوم صالحين . وان تضررت من غير الزوج فاما ان يكون تضررها من وجوده معها فى الدار وهو في مسكن على حدته أو من وجوده معها فى مسكن واحد فان كان الاول بأن اسكنها في مسكن من دار على حدته وكان أحد أقاربه فى مسكن آخر من هذه الدار وطلبت من الزوج ان ينقلها من هذه الدار ولم يجبها فرفعت الامر الى القاضى أمر الزوج باسكانها فى محل آخر اذا كانوا يؤذونها بالقول أو بالفعل لان غرضها منع الاذى فلها الحق فتجاب الى طلبها فان لم يثبت ذلك لديه فلا يلتفت الى طلبها لانها متعنتة إلا إذا كان التضرر من الضرة فتجاب الى طلبها لان المنافرة فى الضرائر أوفر والاسم مشعر بذلك ولذا قلنا غير مرة ان الاحسن له التزوج بواحدة فقط اذا لم تدع الضرورة إلى تزوج غيرها وان كان الثانى أجيبت الى طلبها لان السكنى وجبت حقاً لها فليس له ان يشرك غيرها فيه الا بالرضا لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها فلا تكون متعنتة فى هذا الطلب فتجاب اليه وحاصل ما تقدم انه متى جمعهما مسكن واحد مع احد اقاربه او مع الضرة وطلبت النقلة تجاب وان جمعت الكل دار ولكن كل فى مسكن على حدته تجاب الى طلبها بالنسبة للضرة لا للاقارب

الا اذا تحقق القاضى انهم يؤذونها قولاً أو فعلا ويؤخذ من عبارة بعض الكتب انها لا تجاب الى الطلب بالنسبة للضرة أيضاً اذا كانت المساكن متباينة ما لم تؤذها والصحيح ما تقدم — انظر مادة (١٨٦)

فان قام الزوج بما يلزمه شرعاً وأسكن زوجته بين جيران صالحين تستأنس بهم فيها ونعمت وان لم يقم بذلك بان كان المسكن الذى أسكنها فيه داراً خالية من السكان مرتفعة الجدران والزوج يخرج ليلا لسبب من الاسباب فرفعت الامر الى القاضى مدعية انها تستوحش من هذا المكان فان كان لها ولد يستأنس به عادة أوخادمة كذلك فلا يجيبها الى طلبها لظهور التعنت منها وان لم يكن حكم على الزوج بأحد أمرين اما أن يأتيها بمؤنسة واما أن ينقلها الى مكان لا تستوحش فيه والى هذا كله تشير الآية الشريفة المتقدمة وهى قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) — انظر مادة (١٨٧)

(مادة ١٨٦) اذا اسكن الزوج امرأته في مسكن على حدته من دار فيها أحد من أقاربه فليس لها طلب مسكن غيره الا اذا كانوا يؤذونها فعلا أو قولا ولها طلب ذلك مع الضرة فان كان فى نفس المسكن المقيمة هي به ضرة لها أو احدى اقارب زوجها فلها طلب مسكن غيره ولو لم يؤذوها فعلا أو قولا

(مادة ١٨٧) اذا كانت المرأة تستوحش من المسكن الذى أسكنها فيه زوجها بان كان كبيراً كالدار الخالية من السكان المرتفعة الجدران اوكان الزوج يخرج ليلا لا يبيت عند ضرتها ولم يكن لها ولد او خادمة تستأنس بهما فعليه أن يأتيها بمؤنسة او ينقلها الى حيث لا تستوحش

فعلم مما تقدم أن جميع ما تحتاج اليه الزوجة واجب على الزوج سواء كان طعاما أو كسوة أو سكنى فكل ما تحتاجه المرأة من لباس بدنها وفرش بيتها مما تنام عليه وما تتغطى به لازم على الزوج فاما أن يأتي به واما أن يفرض عليه القاضي اصنافا اودراهم كل ستة أشهر ويعجلها لها اذ الزوج هو الذي يتولى شراء الامتعة لها الا اذا ظهر مطله أو خيانته فى الشراء لها فحينئذ هى التى تلى ذلك بنفسها أو بوكيلها . ويعلم من ذلك أنها لو كان لها أمتعة من فرش ونحوه لا يسقط عن الزوج ذلك بل يجب لها عليه ما ذكر ولا يلزمها ان تلبس ثيابها ولا أن تنام على فراشها ومن باب أولى لا يلزمها أن تفرش متاعها لينام هو أو يجلس عليه فان رضيت بذلك كما هو جار الآن بين الازواج كان حسناً لان فيه تعاوناً وتعاضداً فتحصل الالفة والمحبة فيأتى الزواج بمقاصده المشروع هو لها — انظر مادة (١٨٨)

الفصل الخامس

(فى نفقة زوجة الغائب)

اعلم أنه اذا غاب شخص وطلب شخص آخر من القاضى ممن تجب نفقته على الغائب ان يفرض له النفقة على الغائب فلا يجيبه القاضى الى طلبه الا اذا

(مادة ١٨٨) يفرض للمرأة ما تنام عليه من فراش ولحاف وما تفترشه للقعود على قدر حالها ولا يسقط عنه ذلك ولو كان لها أمتعة من فراش ونحوه وعليه أيضاما يلزم من سائر أدوات البيت وما تتنظف وتتطيب به المرأة على عادة أهل البلد

كان ذلك الطالب من أصول الغائب او فروعه أو زوجة له فلو كان أخاً أو عماً أو خالا مثلا فلا يفرض القاضي له النفقة لان هذا قضاء على الغائب والقضاء عليه لا يجوز ونفقة الاصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء بدليل أن لهم أن يأخذوها قبل القضاء بدون رضاه فيكون القضاء في حقهم اعانة وفتوى من القاضي بخلاف غيرهم من الاقارب فان نفقتهم غير واجبة قبل القضاء بدليل انه ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئاً قبل القضاء اذا ظفروا به فكان القضاء في حقهم ابتداء إيجاب فلا يجوز ذلك على الغائب. وكلامنا الآن انما هو في نفقة الزوجة فنتكلم عليها ونترك نفقة الاصول والفروع حتى يأتي محلها ان شاء الله تعالى

فاذا غاب الزوج وطلبت الزوجة من القاضي أن يفرض لها النفقة اجابها الى هذا الطلب . ثم أن الغائب اما أن يكون له مال اولا فان كان له مال فاما ان يكون من جنس النفقة اولا وكل له حكم يخصه واليك البيان - فان كان له مال وهو من جنس حقها في النفقة كالغلال والسمن ونحوهما من أصناف المأكولات والذهب والفضة سواء كانا مضروبين أو غير مضروبين اوكان ثيابا من جنس حقها في الكسوة فرض لها فيه النفقة سواء كان هذا المال موجوداً في منزل الزوج أو غير موجود فيه بأن كان مودعاً عند غيره كما لو أعطى لغيره شيئاً مما ذكر ليحفظه له فانه يكون مملوكا للغائب وهو مودع عند من أعطاه له أو مضاربة كما اذا أعطى لغيره مائة جنيه مثلا ليتجر فيها ويكون الربح بينهما نصفين أو ديناً كما اذا باع شخص حصاناً مثلا بخمسين جنيهاً ولم يستلم منه الثمن فانه يكون ديناً عليه ولكن اذا كان المال الذي للغائب موجوداً في منزل

الزوج فرض لها النفقة فيه وامرها بالاخذ منه على حسب الفرض الذي قدره ان علم بالنكاح بينهما لانه إيفاء لحق الزوجة وليس بقضاء على الزوج بالنفقة حتى يقال أن القاضي لا يقضي بعلمه

واما اذا ادعت أنه ترك مالا مودعا عند شخص فان القاضي يحضر ذلك الشخص ويسأله عن دعواها فاما أن يقر بالزوجية والوديعة أو ينكرهما أو يقر بالزوجية وينكر الوديعة أو يقر بالوديعة وينكر الزوجية فان أقر بالوديعة والزوجية فرض لها القاضي النفقة في ذلك المال وأمر المودع باعطائها النفقة منه لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر بان للزوجة حق الاخذ لان لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبي سفيان واقرار من عليه الدين مقبول في حق نفسه ومتى ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكون ما أقر به ملكه فيؤمر باعطائها النفقة من ذلك المال

ولكن كيف يكون هذا الحكم مسلماً مع انهم نصوا على انه اذا أحضر صاحب الدين غريماً للغائب اومودعا له وهما معترفان بثبوت الدين على الغائب فان القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة والدين فما الفرق بين هذه المسالة ومسألة النفقة التي نحن بصددها قالوا الفرق ان أمر القاضي في حق الغائب انما هو للنظر وفي الامر بالانفاق على الزوجة ابقاء ملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء على الغائب بقول الغير بازالة ملكه ولذا قالوا يقضى بالنفقة لا بالدين

وان أنكر الزوجية والوديعة او اقر بواحد منهما وانكر الآخر فاما ان يكون القاضي عالماً بما أنكره او غير عالم فان كان عالماً فرض لها النفقة أيضاً

في هذا المال وأمره باعطائها النفقة منه لانه اذا جاز للقاضي ان يأمر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلأن يجوز بعلمه الذي لا يحتمله أولى ولكن كيف هذا مع قولهم القاضي لا يقضي بعلمه والجواب ان هذا من باب الاعانة والفتوى لا من باب القضاء

وان كان القاضي غير عالم بما انكره المودع وأرادت المرأة ان تثبت ما أنكره بالبينة قال الامام وصاحباه لا يلتفت لهذا الطلب وقال زفر يجيبها الى طلبها ويسمع البينة ومتى ثبت ما ادعته فرض لها النفقة فاذا لم يثبت فلا يفرض لها شيئاً وجه قولهم ان المنكر ان كان هو المال فلان المرأة بهذه البينة تثبت الملك للغائب وهي ليست بخصم في اثبات الملك للغائب وان كان هو الزوجية فلانها بهذه البينة تثبت النكاح على الغائب والمودع ليس بخصم في اثبات النكاح على الغائب ولا يمين للمرأة عليه لانه لا يستحلف الا من كان خصماً وحينئذ تكون هذه المسئلة مستثناة من قولهم كل من أقر بشيء لزمه فاذا انكره يحلف عليه فان المودع اذا أقر بالمال وبالزوجية لزمه اعطاؤه للزوجة لتنفقه على نفسها مع انه اذا انكره فلا يحلف

ووجه قول زفر أن فيه نظراً للمرأة ولا ضرر فيه على الغائب لأنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وان جحد يحلف فان امتنع عن اليمين فقد صدق وان أقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا أي انه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس ولا يقضى بالنكاح لان القضاء به قضاء على الغائب وهو لا يجوز بخلاف القضاء بالنفقة فانه من باب الاعانة على أخذ النفقة وكل ما قيل في الوديعة يقال بالنسبة

للدين ومال المضاربة

فان لم يترك الغائب الا مالا فى بيته أو وديعة فقط أو دينا فرض القاضى النفقة فيه لانه ليس هناك غيره وأما ان ترك الكل فان القاضى يفرض النفقة أولاً فى المال الموجود فى بيته ثم فى مال الوديعة ثم فى الدين وسبب هذا الترتيب ان القاضى نصب للنظر فى مصالح من هو عاجز عن النظر فى شؤون نفسه ولا شك ان المصلحة للغائب فيما ذكر لان مال الوديعة محفوظ عند المودع الذى أمنه عليه قبل غيابه فلم يكن معرّضاً للخطر بخلاف المال الذى فى بيته ومال الوديعة يحتمل ان يهلك عند المودع وهلاكه يكون على الغائب بخلاف الدين فانه ليس شيئاً معيناً حتى يهلك عند المدين فيكون محفوظاً اكثر من الوديعة فيكون النظر للغائب فى هذا الترتيب فيتبعه القاضى .

وبما ان القاضى نصب ناظراً للمصلحة فعند ما يفرض النفقة فى مال الغائب لا يسلمه للزوجة إلا إذا أخذ منها كفيلا أي ضامناً للمال الذى تأخذه لان في أخذ الكفيل مصلحة للغائب فانه إذا تبين بعد ذلك ان المرأة لا تستحق الذى أخذته على سبيل النفقة يكون للغائب الحق فى أن يأخذه من المرأة أو من الكفيل ولا شك ان هذا أضمن لامواله لاحتمال ان لا يكون عند المرأة شيء يستوفى منه ما أخذته فيأخذه من الكفيل ولا يكتفى بهذا بل يحلف المرأة على ثلاثة أشياء . الاول ان زوجها الغائب لم يترك لها النفقة قبل سفره . الثانى انها لم تكن ناشزة أى خارجة عن طاعته بغير حق . الثالث ان زوجها الغائب لم يطلقها قبل سفره وانقضت عدتها إذ فيه نظر للغائب أيضا لانه من الجائز ان يكون شيء من ذلك حاصلا والكفيل

لا يعلم به فتمتنع المرأة عن اليمين فلا يقضى لها بأخذ شيء من ماله

والمراد من الغيبة التي يفرض القاضي النفقة للزوجة بسببها ان لا يسهل احضار الزوج ومراجعته ولو كان مختفياً في البلد الذي فيه الزوجة فلا يشترط ان تكون الغيبة مدة سفر شرعى ولا ان يكون الغائب مفقوداً أى لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته حتى لو ذهب الى القرية وتركها فى البلد ولا يسهل احضاره ومراجعته فللقاضى ان يفرض لها النفقة وهناك أقوال فى هذا الموضوع ولكن المعول عليه ما تقدم لك — انظر مادة (١٨٩)

وان لم يترك الغائب مالاً مطلقاً ورفعت المرأة أمرها للقاضى وأرادت أن تقيم بينة على الزواج ليقضى لها بالنفقة عليه فقال أبو حنيفة وصاحباه لا يلتفت الى قولها ولا يجيبها الى طلبها لان فيه قضاء على الغائب وهو لا يجوز . وقال زفر وابو يوسف فى رواية عنه يجيبها الى طلبها فيسمع بينتها ويقضى لها بالنفقة دون الزواج ولكن حيث ان الغائب لم يترك مالاً أصلا يأمرها القاضى بالاستدانة أى تأخذ ما تنفقه على نفسها من غيرة ويكون ديناً على الغائب

(مادة ١٨٩) تفرض النفقة لزوجة الغائب فى ماله ان كان له مال حاضر في منزله من جنس النفقة كالغلال ونحوها من أصناف المأكولات والذهب والفضة المضروبين وغير المضروبين او كان له مال من ذلك مودع عند أحد أو دين عليه واقر المودع او المديون بالمال وبالزوجية او لم يقرا وكان الحاكم يعلم بهما او اقامت المرأة بينة على الوديعة او الدين وعلى النكاح وان كان لا يقضي لها به على الغائب ويبدأ الحاكم فى فرض النفقة بمال الوديعة ثم بالدين فلو كان للغائب مال حاضر في بيته من جنسها فرضها فيه ويأخذ الحاكم عليها كفيلا بالمال الذى تقبضه ويحلفها ان زوجها الغائب لم يترك لها نفقة وانها لم تكن ناشزة ولا مطلقة مضت عدتها .

يؤخذ منه متى حضر ان لم يدع ما يسقط عنه ذلك لان فيه نظراً للمرأة ولا ضرر فيه على الغائب لانه لو حضر وصدقها فى دعوى الزوجية فقد اخذت حقها فان جحد حلف فان امتنع فقد صدق وان أقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت عن اقامة البينة يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا لحاجة الناس ولكن لا بد من أخذ كفيل منها بما تأخذه وتحليفها على الاشياء الثلاثة المتقدمة فى المادة التي قبل هذه لان فى ذلك نظراً الى الغائب ولهذا لو طلبت فسخ النكاح فلا يجيبها القاضى الى هذا الطلب اتفاقاً لان فيه اضراراً بالغائب وهو اسقاط حقه فى الزوجية — انظر مادة (١٩٠)

فان حضر الزوج الغائب من السفر فاما أن يصادق المرأة على ما ادعته أو ينكر فان وافقها فلا يكون له حق فى أخذ شىء لا من المرأة ولا من الكفيل لانه لما وافقها على دعواها ثبت أنها أخذت شيئاً مستحقاً لها وكل من المودع والمدين أعطى الوديعة أو الدين الى مستحقه فلا يأخذ منها شيئاً

وان انكر فاما ان ينكر عدم تعجيل النفقة قبل سفره ويدعى انه عجل لها النفقة قبل السفر أو ينكر أنها زوجة له أو ينكر عدم الطلاق وانقضاء العدة ويدعى انه طلقها قبل السفر وانقضت عدتها وكل له حكم يخصه فان كان الاول وهو ما إذا ادعى انه عجل له النفقة قبل سفره وأنها لا تستحق المال الذي أخذته حال غيابه فاما ان تنكر المرأة ذلك أو تصدق فان انكرت فاما

(مادة ١٩٠) إذا لم يخلف الغائب مالا واقامت المرأة بينة على النكاح يقضى لها الحاكم بالنفقة دونه ويأمرها بالاستدانة على زوجها ويكفلها ويحلفها كما تقدم وان طلبت فسخ النكاح فلا يفسخه

ان يمكنه اثبات ذلك بالبينة اولا فان اقام بينة ثبتت دعواه وحينئذ يكون له الحق فى أخذ المال الذى أخذته حال غيابه لانه تبين انها لا تستحقه لانه ثبت انه أعطاها النفقة الكافية مدة غيابه وفى هذه الحالة اى حالة اثبات ذلك بالبينة يكون له الحق فى أخذ المال الذى أخذته حال غيابه من المرأة اومن الكفيل لان البينة حجة متعدية فكما انها تثبت حقاً له على المراة تثبت حقاً ايضاً على الكفيل فيخير فى ذلك فان أخذه من الزوجة فلا ترجع به على احد وان اخذه من الكفيل يأخذ الكفيل مثله من المرأة ان كانت امرته بالضمان

وان عجز عن اقامة البينة فله أن يطلب من المرأة اليمين على انه ما أعطاها نفقتها قبل سفره فعند توجه اليمين عليها اما أن تمتنع عن اليمين أو تحلف فان امتنعت عن اليمين ثبت ما ادعاه وحينئذ يخير بين أخذه من الكفيل اومن المرأة كما هو صريح المادة ولكن هذا غير ظاهر لانهم نصوا على أن الانكار بذل أو اقرار وهى لو أقرت بانه عجل لها النفقة قبل سفره فلا يرجع الزوج الا عليها وليس له مطالبة الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه الى غيره اللهم الا أن يكون فى المسئلة قولان

وان صدقته فى أنه عجل لها النفقة قبل سفره كان له الحق فى ان يأخذ منها المال الذى أخذته مدة غيابه لانه ثبت باقرارها أنها لا تستحقه اذ كان عجله لها قبل سفره فترد ما أخذت لان الحق لا يستوفى مرتين وليس له ان يطالب الكفيل فى هذه الحالة بما أخذته لان الاخذ ما ثبت الا باقرارها وهو حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى الى الكفيل — انظر مادة (١٩١)

(مادة ١٩١) اذا حضر الزوج الغائب وادعى انه عجل لها النفقة قبل سفره واقام

وان كان الثانى وهو ما اذا أنكر الغائب الزواج أصلا وادعى انها ليست بزوجة له فحينئذ تكون المرأة مدعية عليه الزوجية وهو ينكرها فتكلف المرأة باثبات دعواها فان أقامت بينة على أنها زوجته ثبتت الزوجية وحينئذ لا يكون له حق فى طلب المال الذى أخذته من أحد لأنه كان ينكر استحقاقها لما أخذت لانها ليست زوجته وقد أثبتت الزوجية فتكون مستحقة له فتبين انها أخذت حقها فلا يسترد وان عجزت عن اقامة البينة فلها طلب يمينه فعند ما تتوجه عليه اليمين فاما أن يمتنع أو يحلف فان امتنع ثبتت الزوجية أيضاً لان امتناعه اقرار وحينئذ لا يكون له حق فى استرداد ماأخذت لما تقدم وان حلف انها ليست زوجة له انتفت دعواها فيكون له الحق في أخذ المال الذى أخذته لان أخذها له كان مبنياً على دعواها الزوجية ولم تثبت فيسترده . ثم أن المال الذى أخذته اما أن يكون وديعة أو ديناً فان كان وديعة فهو مخير بين أخذه من المرأة أو من المودع فان اختار تضمين المرأة فليس لها حق فى الرجوع به على أحد وان أخذه من المودع كان له الحق فى أخذه من المرأة

وان كان ديناً فليس له الا أخذه من المدين وهو يرجع به على المرأة والفرق بينهما أن المرأة فى الوديعة اخذت نفس ما يستحق الغائب بتسليط من المودع فيكون كل منهما متعديا على عين ما يستحقه فيثبت له الخيار وفى الدين أخذت مثل ما يستحقه الغائب لان الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها

البينة على ذلك أو لم يقم واستحلفها فنكلت فهو بالخيار ان شاء استرد النفقة من المرأة وان شاء رجع بها على الكفيل وان اقرت المرأة انه عجل لها النفقة يرجع بها عليها لا عليه

فالمرأة لم تأخذ نفس ما يستحقه الغائب بل مثله فلا يرجع عليها بشيء ولكن بعد أخذه من المدين يرجع المدين به على المرأة لانه تبين انها غير مستحقة لما اخذت فترده . ويظهر أن هذا مقيد بما اذا ثبت الزوجية وكل من الوديعة والدين باقرار المودع أو المدين . وأما اذا كان ثبوت ذلك بالبينة بعد انكار كل منهما فلا يكون للغائب حق فى الرجوع على كل من المودع والمدين لانهما والحالة هذه مضطران الى دفع المال اليها لامر القاضى لهما بذلك فلا يكون للغائب حق فى الرجوع على كل منهما بل له أخذه من المرأة فقط — انظر مادة (١٩٢)

وان كان الثالث وهو ما اذا ادعى الزوج الغائب انها كانت زوجة ولكن طلقها قبل سفره وانقضت عدتها وبناء عليه لا تستحق النفقة التى أخذتها فى غيابه وأثبت ذلك بالبينة فله الحق فى تضمين المرأة المال الذى أخذته حال غيابه لانها أخذته على أنه نفقة وقد تبين أنها لا تستحقه فترده وليس له تضمين كل من المودع والمدين لانهما معذوران فى دفعهما المال اليها اذ الطلاق مما ينفرد به الزوج فيخفى عليهما حتى اذا وجد ما يدل على انهما يعلمان بالطلاق وانقضت العدة بان شهدت البينة التى أقامها الزوج على الطلاق وانقضاء العدة بان كلا من المودع والمدين يعلم بذلك ثبت له حق الرجوع على كل منهما أيضاً لتعدى كل منهما والحالة هذه على مال الغائب — انظر مادة (١٩٣)

(مادة ١٩٢) اذا رجع الغائب وأنكر النكاح ولا بينة للمرأة فالقول قوله مع حلفه فاذا حلف وكان المال الذى قبضته وديعة فله أن يرجع به على المرأة او على المودع وان كان ديناً فله الرجوع على الغريم وهو يرجع على المرأة

(مادة ١٩٣) اذا رجع الزوج الغائب واقام البينة على الطلاق وانقضاء العدة

فاذا فرض ان القاضي امر كلا من المودع والمدين بالانفاق على الزوجة من الوديعة والدين وامتثل كل منهما الامر وبعد مدة عادت المرأة الى القاضي وادعت ان كلا منهما لم يعطها شيئاً لتنفقه على نفسها فاحضرهما القاضي وادعى كل منهما انه أعطاها المال الذى أمره باعطائه لها وأنكرت المرأة ذلك صدق المودع بلا بينة لانه أمين ولا يقبل قول المدين الا اذا أثبت بالبينة انه دفع اليها الدين لانه يدعى براءة ذمته منه فلا يسقط عنه الا ببينة انظر مادة (١٩٤)

وان كان المال الذى تركه الغائب ليس من جنس النفقة سواء كان موجوداً فى بيته او كان وديعة فاما ان يخشى عليه التلف من المكث أولا فان كان الاول باعه القاضي وانفق على الزوجة من ثمنه لان النظر الى الغائب فى ذلك وان كان الثانى فلا تفرض فيه النفقة لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند أبي حنيفة فهو ظاهر لان عنده لا يباع على الحاضر فعلى الغائب من باب أولى واما عند الصاحبين فلانه لا يعرف امتناعه عن الدفع فلا يباع عليه وانما قالا ببيع مال الحاضر اذا امتنع عن الدفع لانه عرف امتناعه وحينئذ تؤجر عقاراته ويصرف من أجرتها فى نفقة المرأة انظر مادة (١٩٥)

وفى كل موضع جاز للقاضي ان يقضى للمرأة بالنفقة من مال زوجها

وعدم استحقاق المرأة النفقة التي أخذتها في غيابه ضمنت هي لا الدافع من المودع أو المديون الا اذا شهدت بينة الزوج ان الدافع كان يعلم بالطلاق فحينئذ يكون عليه الضمان

(مادة ١٩٤) اذا ادعى المودع أو المديون الذي أمره القاضي بالانفاق على زوجة الغائب انه دفع اليها المال للنفقة وانكرت المرأة ذلك يقبل قول المودع بلا بينة ولا يقبل قول المديون الا ببينة

(مادة ١٩٥) اذا كانت الوديعة أو المال الذى فى بيت الزوج الغائب من غير

الغائب جاز لها ان تأخذ منه ما يكفيها بالمعروف من غير قضاء لانك عرفت مما تقدم ان قضاء القاضى من قبيل الاعانة والفتوى فحقها ثابت وان لم يقض به فلها أخذه وأيضاً قد نصوا على أن كل شخص مستحق قبل غيره شيأ وظفر بماله وكان من جنس حقه فله أخذه من غير قضاء ولا شك ان المرأة مستحقة النفقة على زوجها فتى ظفرت بماله الذى من جنس حقها جاز لها أخذه — انظر مادة (١٩٦)

﴿ الفصل السادس فى دين النفقة ﴾

اعلم انه اذا كان شخص مديناً وطلب الدائنون ديونهم الثابتة بأى طريق من طرق الاثبات الشرعى يؤمر المدين بسداد تلك الديون فان امتثل فبها وان لم يمتثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة باع القاضى عليه من أمواله مايفى بسداد ديونه على قول الصاحبين المعول عليه فان كانت أمواله لا تفى بالديون باعها القاضى وقسم ثمنها بين الدائنين قسمة تناسبية أى كل من الدائنين يأخذ من ثمن ما يباع بنسبة دينه فاذا فرض ان شخصاً مدين بألف جنيه لثلاثة أشخاص لأحدهم خمسمائة وللثانى ثلاثمائة وللثالث مائتان وجميع أمواله لا تساوى إلا خمسمائة جنيه قسم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم وطريق

جنس النفقة فليس للزوجة ان تبيع منه شيئاً في نفقة نفسها ولا للقاضى بيع شيء منه وتؤجر عقاراته ويصرف من أجرتها في نفقة المرأة

(مادة ١٩٦) في كل موضع جاز للقاضى ان يقضى للمرأة بالنفقة من مال زوجها الغائب جاز لها ان تأخذ منه ما يكفيها بالمعروف من غير قضاء

معرفة ذلك ان تقسم ما عنده من المال على جميع الديون وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم فالخارج هو ما يخص ذلك الدين ففي المثال المتقدم بلغ جميع الديون الف جنيه وأمواله التي يمتلكها خمسمائة جنيه وبقسمة الخمسمائة على الالف يكون خارج القسمة نصفاً وبضربه في دين كل منهم يحصل لكل منهم نصف دينه هكذا

$$\frac{٥٠٠}{١٠٠٠} = \frac{٢٥٠}{٥٠٠} = \frac{١٢٥}{٢٥٠} = \frac{١}{٢}$$

$\frac{١}{٢} \times ٥٠٠ = \frac{٥٠٠}{٢} = \frac{٢٥٠}{١} = ٢٥٠$ فيكون هذا نصيب الدائن بخمسمائة . ونصيب الدائن بثلاثمائة يحصل بهذا العمل $\frac{١}{٢} \times ٣٠٠ = \frac{٣٠٠}{٢} = \frac{١٥٠}{١} = ١٥٠$ ونصيب الدائن بمائتين يحصل بهذا العمل أيضاً $\frac{١}{٢} \times ٢٠٠ = \frac{٢٠٠}{٢} = \frac{١٠٠}{١} = ١٠٠$ وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هذا القبيل ولك ان تقول من أول الامر حيث ان جميع أمواله تساوى نصف جميع الدين فكل يأخذ نصف دينه فان كان يساوى الثلثين فكل يأخذ ثلثي دينه وهكذا فاتبع ما يسهل عليك فان الغرض الوصول الى المقصود بأى طريق كان ولكن عند ما يبيع القاضي أمواله لسداد ديونه فلا يبيعها كلها بل يترك النفقة الكافية له ولمن تلزمه نفقته سواء كان زوجة أو غيرها ولا شك ان النفقة تشمل السكنى والكسوة والطعام فيترك له بيتاً يسكن فيه هو ومن تلزمه على حسب حاله ودرجته في الهيئة الاجتماعية ومن الثياب كذلك ومن الطعام ما يكفيه الى أن يحصل على شيء آخر بحسب ما هو مستعد له من الكسب فان كان كسبه يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً او سنوياً ترك له ما يكفيه هذه المدة لانه بعدها يحصل على شيء جديد ينفق منه — انظر مادة (١٩٧)

(١٩٧) تقدم النفقة الكافية للشخص وزوجته وعياله بقدر الضرورة على قضاء ديونه

واعلم انه اذا مضت مدة لم ينفق الزوج فيها على زوجته بل أنفقت هى على نفسها سواء كان من مالها أو من مال غيرها ثم طالبته بما أنفقت فاما ان تكون نفقة تلك المدة غير مقضى بها ولم يحصل تراض بين الزوجين على اعطائه لها كل اسبوع مثلاً كذا من الدراهم أو تكون نفقة تلك المدة مقضياً بها او متراضى عليها بين الزوجين والمقضى بها اوالمتراضى عليها اما ان تكون مستدانة اوغير مستدانة والمستدانة إما ان تكون مستدانة بغير امر القاضى او امر الزوج او مستدانة بأمر واحد منهما وكل من هذه الاحوال له حكم يخصه واليك البيان

فان كانت النفقة غير مقضى بها ولا متراضى عليها فاما ان يكون الزمن الذى مضي ولم تطالب المرأة فيه النفقة شهراً فاكثر او اقل من شهر فان كان الاول سقطت عنه النفقة بمضي هذا الزمن فليس لها حق فى طلبها لانها ليست بدين على الزوج إذ ان النفقة لا تصير ديناً إلا بأحد أمرين الأول قضاء القاضى بها على الزوج — الثانى — التراضي بين الزوجين لان النفقة صلة وليست بعوض فلم يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة فانها لا توجب الملك فى الموهوب إلا بمؤكد وهو القبض وتراضي الزوجين بمنزلة القضاء لان ولاية الزوج على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه وقال الشافعى واحمد على أحد القولين فى مذهبه تصير النفقة ديناً قبل القضاء أو الرضا لانها عوض فصارت كسائر الديون فتثبت وان لم يقض بها القاضي ولم يتراض الزوجان على تقدير شيء معين ـ وهذا هو الظاهر لان الحنفية نفسهم يقولون انها جزاء الاحتباس فالظاهر من هذا انه متى وجد الاحتباس ثبت جزاؤه

وهو النفقة سواء حصل القضاء أو الرضا أو لم يحصل واحد منهما

وان كانت المدة الماضية أقل من شهر فلا تسقط وحينئذ فلها الحق فى طلب نفقة تلك المدة لانهم جعلوا هذه المدة قليلة والقليل مما لا يمكن التحرز عنه اذ لو سقطت بمضى اليسير من المدة لما تمكنت من الاخذ أصلا قبل القضاء او الرضا ولا يخفى ما فيه من الحرج — انظر مادة(١٩٨) و(١٩٩)

وان كانت النفقة مقضيا بها أو متراضى عليها بين الزوجين ولكن لم تطالب المرأة بها ولم تأخذها ديناً بل أنفقت من مال نفسها مدة وبعد ذلك طالبت الزوج بما أنفقته فى المدة الماضية بعد القضاء او الرضا يثبت لها الحق لانها لا تسقط بمضى الزمن اذ صارت ديناً بالقضاء او الرضا فلها أخذه سواء كانت المدة الماضية التى لم تأخذ فيها النفقة قليلة أو كثيرة ولكن هذه النفقة تسقط بموت أحد الزوجين أو بنشوز الزوجة أى خروجها عن طاعة زوجها بغير حق فاذا مضت أربعة أشهر مثلا بعد القضاء أو الرضا وتجمدت على الزوج نفقتها فمات الزوج فلا يكون للزوجة حق فى أخذ المقدار المتجمد من التركة واذا ماتت الزوجة فليس لورثتها حق فى طلب المقدار المتجمع من الزوج لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية وكما انها تسقط بالموت تسقط ايضاً بالنشوز عقابا لها واختلفوا فى سقوطها بالطلاق . وقال الامام

(مادة ١٩٨) لا تصير النفقة ديناً الا بالقضاء او بتراضى الزوجين على شىء معين

(مادة ١٩٩) ليس للمرأة الرجوع على زوجها حاضراً كان أو غائباً بما أنفقته من مالها قبل فرض القاضى او التراضى على شىء معين بل يسقط ذلك بمضى شهر فاكثر لا أقل

الشافعى رضى الله تعالى عنه لا تسقط هذه النفقة بالموت لانها صارت ديناً كباقى الديون فكما ان دين غير النفقة لا يسقط بالموت فكذلك دين النفقة وهذا هو الظاهر — أنظر مادة (٢٠٠)

وان كانت النفقة مقضيا بها أو متراضى عليها ولكنها مستدانة بغير أمر الزوج أو القاضى فهى مثل النفقة الغير المستدانة فلا تسقط بمضى الزمن بل تسقط بالموت وبالنشوز وبالطلاق اذا تحقق انه حصل لسوء اخلاق الزوجة وهذا خلاف مذهب الشافعى أيضاً — أنظر مادة (٢٠١)

وان كانت النفقة مقضياً بها أو متراضى عليها ولكنها مستدانة بأمر القاضى أو الزوج فلا يسقط دينها أصلا لا بموت ولا بغيره لان للقاضى ولاية عامة فهى بمنزلة استدانة الزوج ولو استدان الزوج بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله فما دام الزوج موجوداً فلها أن تطالبه بها قصرت المدة أو طالت واذا مات فلا تسقط أيضا بل يكون لها الحق فى أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لان الدين مقدم وكما ثبت للزوجة الحق فى طلب دين النفقة من الزوج لتعطيه للدائن يثبت للدائن طلب الزوج

(مادة ٢٠٠) النفقة المفروضة للزوجة بحكم القاضى أو بالتراضى لا تسقط بمضى المدة فاذا لم تطالب بها المرأة ولم تقبضها كلها أو بعضها فى مواعيدها المقررة فلها مادامت حية مطيعة والزوج حى ان ترجع عليه بالمقدار المتجمد منها بعد القضاء أو الرضاء سواء كانت المدة الماضية قليلة أو كثيرة

(مادة ٢٠١) النفقة المفروضة بالقضاء أو الرضاء والمستدانة بغير أمر الحاكم يسقط دينها بموت أحد الزوجين ولا يسقط دين النفقة بالطلاق إلا إذا تحقق انه وقع لسوء أخلاق المرأة

مباشرة بهذا الدين ان كانت الاستدانة بأمر الحاكم وحينئذ يكون الدائن مخيراً بين أخذ دينه من المرأة أو الزوج . ومثله ما إذا كانت الاستدانة بأمر الزوج فان كانت بلا أمر واحد منهما فله الحق في أخذه من المرأة فقط وهي تأخذه من زوجها ان ثبت لها عليه حق بأن كانت النفقة مقضياً بها أو متراضى عليها ولم يوجد ما يسقطها - انظر مادة (٢٠٢)

فان أعطى الزوج لزوجته نفقة مدة مستقبلة ولم يحصل فى أثناء تلك المدة ما يسقط النفقة فقد استحقتها فلا حق له فى استرداد شيء منها وأما اذا حصل فى أثناء المدة ما يسقطها كما اذا عجل لها نفقة سنة مثلا وماتت الزوجة بعد مضى أربعة أشهر أو مات الزوج بعد مضى هذا الزمن أو طلقها فى أثناء المدة فليس له ولا لورثته حق في استرداد شيء منها أو من ورثتها كما لو مضت المدة المعجلة نفقتها ولم يطرأ ما يسقطها وهذا قول أبي حنيفة وأبى يوسف لانها صلة وقد اتصل بها القبض ولا رجوع فى الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما فى الهبة

وقال محمد والامامان الشافعى وأحمد بن حنبل تحسب لها نفقة ما مضى وما بقى يسترد سواء كان المعجل طعاماً او كسوة لانها استعجلت عوضاً عما تستحق عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق فى البعض فيبطل العوض

(مادة ٢٠٢) النفقة المستدانة بأمر الحاكم لا يسقط دينها بأى حال بل تكون ديناً ثابتاً لها فى تركة زوجها واجباً أداؤه ثم ان كانت الاستدانة بأمر الحاكم فللغريم الرجوع على ايهما شاء من الزوج أو من المرأة وان كانت بلا امر الحاكم فلا رجوع له إلا على المرأة وهى ترجع على زوجها ان ثبت لها عليه حق

بقدره وهذا هو الظاهر لقوة دليله ولافرق فى هذا الحكم بين أن يكون المعجل للنفقة هو الزوج أو أبوه — انظر مادة (٢٠٣)

والنفقة حق للزوجة فلها أن تطالب زوجها بها ولها أن تبرئه منها أى تسقط حقها فيها فان طالبته أجبر على الاعطاء ما لم تسقط بواحد من الاشياء المتقدمة وان أبرأته منها فلا حق لها فى الطلب بعد ذلك ان كان الابراء صحيحاً . والابراء من النفقة اما أن يكون قبل القضاء أو التراضى عليها او بعد واحد منهما فان كان بعد واحد منهما فاما أن يكون عن مدة ماضية او مستقبلة فان كان قبل القضاء أو الرضا فهو باطل لان الابراء لا يكون الا عن شيء موجود فى الذمة وقته والنفقة لا تصير ديناً الا بالقضاء او الرضا فلم يكن الدين موجوداً وقت الابراء فلا يصح وان كان بعد القضاء او الرضاء وكان عن مدة ماضية بان مضى شهر ان مثلا بعد واحد منهما لم تأخذ فيهما شيئاً صح الابراء لقيام الدين بذمته وقته وهو حق الزوجة فلها أن تسقطه وان كان بعد القضاء أو الرضا ولكن عن زمن مستقبل فان كانت مفروضة شهرياً واستهل الشهر بأن جاء أول يوم منه وابرأته عن نفقة شهر صح هذا الابراء فان أبرأته عن نفقة شهرين او ثلاث فلا يبرأ الا عن نفقة الشهر الذى دخل أوله وحينئذ يكون لها الحق فى مطالبته بنفقة غير الشهر الذى حصل الابراء فيه لان القاضى لما فرض نفقة كل شهر فانما فرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لا تصير نفقة الشهر الثانى

(مادة ٢٠٣) لا تسترد النفقة التى دفعت للزوجة معجلا لا بموت ولا طلاق سواء عجلها الزوج أو أبوه ولو كانت قائمة

واجبة فلا يصح الابراء عنها وحاصله ان النفقة تفرض لمعنى الحاجة المتجددة فاذا فرضت كل شهر كذا صارت الحاجة متجددة بتجدد كل شهر فقبل تجدده لا يتجدد الفرض فلم تجب النفقة قبله ولا يصح الابراء عما لم يجب ومثله ما اذا كانت مفروضة يومياً أو أسبوعياً أو سنوياً لما ذكر — انظر مادة (٢٠٤)

فاذا صارت النفقة ديناً بالقضاء أو الرضا ومضت مدة ولم تقبضها المرأة حتى تجمع لها مقدار من النقود عند الزوج وكان للزوج عليها دين بأن اشترت منه شيئاً مثلا ولم تدفع له ثمنه وطلب أحدهما مقاصة الدينين بعضهما أى اسقاط ما فى ذمته فى مقابلة ما فى ذمة صاحبه فاما ان يكون المطالب الزوجة أو الزوج . فان كان الاول فلا بد من رضاه بذلك لان الدين الثابت عليه دين نفقة وهو دين ضعيف والدين الثابت عليها دين صحيح فيكون أقوى فلا يجبر على ذلك لقوة دينه

والدين الصحيح هو الذى لا يسقط إلا بالاداء أو الابراء بخلاف الضعيف فانه يسقط بهما وبغيرهما ولا شك ان دين النفقة كذلك اذ هو يسقط بهما وبالموت وبالنشوز وبالطلاق إذا تحقق انه وقع لسوء أخلاق المرأة

ولا يخفى عليك ان هذا الحكم خاص بالنفقة إذا لم تكن مستدانة بأمر القاضى أو الزوج لانها ان كانت كذلك كانت ديناً صحيحاً لانها لا تسقط والحالة

(مادة ٢٠٤) الابراء عن النفقة قبل فرضها قضاء او رضاء باطل وبعده صحيح عن نفقة المدة الماضية وعن نفقة يوم واحد مستقبل دخل اوله ان كانت مفروضة كل يوم وعن اسبوع واحد ان كانت مفروضة كل اسبوع وعن نفقة شهر واحد مستقبل قد استهل ان كانت مفروضة كل شهر وعن نفقة سنة واحدة مستقبلة قد دخلت ان كانت مفروضة سنوياً

هـذه الا باحد الامرين المتقدمين وهما الاداء أى الاعطاء او الابراء أى الاسقاط فلوطلبت الزوجة المقاصة فى هذه الحالة اجبر الزوج لتساوى الدينين

وان كان الثانى وهو ما اذا كان طالب المقاصة هو الزوج أجيب الى طلبه ، وتجبر المرأة على ذلك لان النفقة اذا لم تكن مستدانة بأمر القاضى أو أمر الزوج فهى دين ضعيف ودين الزوج صحيح فهو أقوى فيكون هذا الطلب فى فائدة الزوجة فتجبر على القبول

, وان كانت مستدانة بالامر صار كل من الدينين صحيحا فتساويا فى الحكم فتجاب الزوجة الى مطلوبها — انظر مادة (٢٠٥)

الباب الثالث

(فى ولاية الزوج وماله من الحقوق)

اعلم انه لاولاية للزوج على الزوجة الافيما يحفظ به عرضه وشرفه ونسبه وماله فله تأديبها على كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقدر كما يظهر لك فى شرح مادة (٢٠٩) وحينئذ لاولاية له على أموالها الخاصة بها بل هى التى لها الولاية عليها فلها التصرف فى جميعها سواء كان باذنه أو بغيره واذا أراد منعها من التصرفات فى مالها معتمداً على ماله من الولاية فلا يكون له حق فى ذلك لما عرفت من أن ولايته عليها تأديبية فقط فاذا كان لها أموال فهى التى تتولى ادارتها بنفسها أو توكل من شاءت سواء كان الزوج أو غيره

(مادة ٢٠٥) دين النفقة والدين الثابت فى ذمة المرأة لزوجها لا يلتقيان قصاصا فاذا طلبت المرأة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها فلا تجاب الى مطلوبها الا اذا رضى بذلك وان طلب هو مقاصة دين نفقتها بماله عليها يجاب الى طلبه

فتقبض أجرة أملاكها بنفسها او توكل من شاءت فى ذلك وكل عقد صدر منها وكانت رشيدة أي محسنة للتصرف فى مالها لا يتوقف نفاذه على اجازة أحد ولو كان أبا أو جداً فان كانت غير رشيدة فلا يتوقف على اجازة الزوج لانه لا ولاية له على أموالها الخاصة في حال من الاحوال ولكن العقود التى تصدر منها اذا كانت مترددة بين النفع والضرر يتوقف نفاذها فى حال كونها غير رشيدة على اجازة أبيها ان كان موجودا فان لم يكن فوصيه فان لم يوجد فالجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضى ثم وصيه لان كلا من هؤلاء له الولاية على أموالها بهذا الترتيب وكل شيء يلزم المرأة من النفقة واجب على الزوج فلا يلزمها شيء من النفقات مهما كثرت أموالها كما عرفت مما تقدم فى النفقة — انظر مادة (٢٠٦)

وكل من الزوجين له حقوق على الآخر فتى قام احدهما بما عليه من الحقوق وجب على الآخر القيام بالحقوق التى من جهته ومن حقوق الزوجة على الزوج اعطاؤها معجل صداقها فان لم يف به فليس له حق فى منعها من الخروج من بيته وان وفى به وارادت ان تخرج فاما ان يكون خروجها بحق او بغير حق فان كان الاول فليس له منعها فلها الخروج ولو بلا اذنه ومنه الخروج لزيارة

(مادة ٢٠٦) ولاية الزوج على المراة تأديبية فلا ولاية له على اموالها الخاصة بها بل لها التصرف فى جميعها بلا اذنه ورضاه بدون ان يكون له وجه فى معارضتها معتمداً على ولايته ولها ان تقبض غلة املاكها وتوكل غير زوجها بادارة مصالحها وتنفذ عقودها بلا توقف على اجازته مطلقا ولا على اجازة ابيها او جدها عند فقده او وصيهما ان كانت رشيدة محسنة للتصرف ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج

والديها فى كل اسبوع مرة ولزيارة غيرهما من المحارم كالأخ والأخت والعم والخال في كل سنة مرة وعن ابى يوسف تقييد خروجها بعدم قدرتهم على المجيء اليها فان كانوا قادرين على ذلك فلا تخرج وهو حسن فان خروجهم قد لا يشق عليهم ويشق خروجها على الزوج فتمنع لان فى كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصاً اذا كانت شابة والزوج من ذوى الهيئات بخلاف خروجهم فانه أيسر وحينئذ ينظر الى من ليس فى خروجه ضرر فيخرج ويمنع الآخر وله منعهم عند الزيارة من القرار والمقام عندها فى بيته سواء كان ملكاً له أو مستأجره أو مستعيره لان الفتنة في المكث وطول الكلام . ومن الخروج بحق ما اذا كان لها عند شخص حق أو أرادت أداء حج الفرض مع وجود محرم لها فليس له حق فى منعها لان حقه لا يقدم على فرض العين فلها الخروج ولو بلا اذنه . ومن الخروج بحق ما اذا وقعت لها مسألة تحتاج اليها فى دينها ولكن ان سأل الزوج من العالم عنها او كان عالماً بها فاخبرها بالحكم فلا يباح لها الخروج فان امتنع من السؤال كان لها الحق فى الخروج وان لم يرض الزوج فان لم تقع لها مسئلة بالفعل ولكن ارادت ان تخرج الى مجلس العلم لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء او الصلاة مثلا فان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكرها عندها فله ان يمنعها وان كان لا يحفظ فالاحسن ان يأذن لها احياناً وان لم يأذن فلا شيء عليه ولا يباح لها الخروج ما لم تقع لها مسئلة بالفعل . ومن الخروج بحق ما اذا خشيت سقوط البيت عليها او حرقه او غرقه فلها ان تخرج بغير اذنه

وفى كل موضع ابحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة لقوله تعالى (ولا تبرّجن تبرّج

الجاهلية الاولى)

وان كان الثانى وهو ما اذا كان خروجها بغير حق فلا يباح لها الخروج وذلك كالخروج لزيارة الاجنبيات وعيادتهن أو الخروج للولائم ولو كانت عند المحارم لاشتمالها غالبا على المفاسد أو لزيارة الاولياء أو القبور ولو اذن لها وخرجت كانا عاصيين

ومتى أوفاها معجل صداقها فله اخراجها من منزل أبويها ان كانت صالحة للرجال واسكانها بين جيران صالحين حيث سكن من البلدة التي تزوجها بها وهذا الحق ثابت له ولو اشترط عليه الابوان ان لا يخرجها من منزلها لان هذا الشرط فاسد لا يعول عليه فله مخالفته — انظر مادة (٢٠٧)

فان أراد الزوج أن يخرج زوجته من البلد الذي تزوجها فيه فاما ان يكون مأمونا عليها أو غير مأمون وعلى كل فاما أن يكون بين البلدين مسافة السفر الشرعى أولا والسفر الشرعى هو مسافة ثلاثة أيام بالسير الوسط ومتى كان السفر شرعياً جاز للمسافر الفطر فى رمضان ويجب عليه قضاء الايام التى أفطر فيها اذا اقام ويجوز له أيضاً قصر الصلاة الرباعية بان يصلى كلا من الظهر والعصر

(مادة ٢٠٧) للزوج بعد ايفاء المرأة معجل صداقها ان يمنعها من الخروج من بيته بلا اذنه في غير الاحوال التي يباح لها الخروج فيها كزيارة والديها في كل اسبوع مرة ومحارمها في كل سنة مرة وله منعها من زيارة الاجنبيات وعيادتهن ومن الخروج الى الولائم ولو كانت عند المحارم وله اخراجها من منزل ابويها ان كانت صالحة للرجال وأوفاها معجل صداقها واسكانها بين جيران صالحين حيث سكن من البلدة التي تزوجها بها ولو اشترطا عليه ان لا يخرجها من منزلهما وله أن يمنع أهلها من القرار والمقام عندها في بيته سواء كان ملكا له أو اجارة أو عارية

والعشاء ركعتين تخفيفا عليه

فان كان مأموناوأوفى الزوجة معجل صداقهافله أن ينقلها اذا كانت المسافة بين البلدين أقل من السفر الشرعى فان كانت سفرا شرعياً فليس له اجبارها على النقلة معه سواء كان الانتقال من مصر الى مصر او من مصر الى قرية أو من قرية الى مصر أو من قرية الى قرية

وان كان غير مأمون عليهافلا تجبرعلى السفر معه مطلقا أى سواء كانت المسافة بين البلدين مسافة قصر أو أقل بل ولو كان يريدنقلها الى جهة أخرى فى البلد نفسه وهناك أقوال أخرى في هذه المسئلة غير ما ذكر

وقد استوفينا الكلام على هذا الموضوع فى شرح مادة (١٦٢) فارجع اليه فانه نفيس جداً ـ انظر مادة (٢٠٨)

فقد علمت مماتقدم أن ولاية الزوج على الزوجة تأديبية فقط فله أن يؤدبها تأديباً خفيفاً على كل معصية صدرت منها لم يرد فى شأنها حد مقدر كترك الزينة اذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية وكعدم اجابته اذا كانت طاهرة عن الحيض والنفاس وككشف وجهها لغير محرم مع خوف الفتنة أو تمزيق ثيابه أو تكليم أجنبي اذا خيف من ذلك الفتنة أوان تتكلم عمداً مع الزوج أو تشاغبه حتى يسمع صوتها الاجنبي او تعطى من بيته شيئاً من الطعام بلا اذنه حيث

(مادة ٢٠٨ ـ) يجوز للزوج ان كان مأموناً وأوفى المرأة معجل صداقها ان ينقلها من حيث تزوجها فيما هو دون مسافة القصر سواء كان الانتقال من مصر الى مصر أو من مصر الى قرية أو بالعكس وليس له أن ينقلها جبراً فيما هو مسافة القصر فما فوقها ولو أوفاها جميع المهر

كانت العادة لم تجر به او تضرب ولده الذى لا يعقل عند بكائه لان ضرب الدابة اذا كان ممنوعا فهذا أولى وبالجملة فالمسائل التى من هذا القبيل كثيرة والضابط ما عرفته فقس ما لم يقل على ماقيل وانما لم يقدر في التأديب شيء لان المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه — انظر مادة (٢٠٩)

فان قام كل من الزوجين بالواجب عليه شرعا فذاك هو المطلوب ولا شك ان في هذه الحالة تحصل الالفة والمحبة بين الزوجين ويعيشان آمنين مطمئنين وأما ان قصر كل منهما أو أحدهما في الواجب عليه شرعا فلا شك في حصول النزاع واشتداد الخصام بينهما فان حصل ذلك ورفع الامر الى القاضي أصلح بينهما بقدر الامكان ولكن ربما تكون كثرة أشغاله لا تمكنه من الاصلاح بين كل زوجين يرفعان اليه أمرهما فله أن يعين عدلين ويجعلهما حكمين بينهما والاحسن ان يكون احدهما من أقارب الزوج والآخر من اقارب الزوجة ليبث كل من الزوجين ما يتضرر منه فيسمع الحكمان شكواهما وينظران فيها وبعد ذلك يسعيان جهدهما في الاصلاح فان أمكن فبها وان لم يتيسر لهما ذلك فلا يثبت لهما التفريق بينهما بالخلع الا اذا كانا وكيلين من قبل الزوجين بذلك والاصل في ذلك قوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا) - انظر مادة (٢١٠)

وقد علمت مما تقدم ان الزوج له تأديب زوجته تأديبا خفيفا على كل

(مادة ٢٠٩) يباح للزوج تأديب المرأة تأديباً خفيفاً على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر ولا يجوز له أصلا ان يضربها ضربا فاحشا ولو بحق

(مادة ٢١٠) اذا وقع الشقاق بين الزوجين واشتد الخصام ورفع الامر الى

معصية صدرت منها لم يرد في شأنها حد مقدر فان لم يتعد حدوده فلا سبيل لأحد عليه واما ان تعدى حده بان ضربها بغير حق ولو كان الضرب خفيفاً او ضربها بحق ولكن تعدى حده في الضرب ورفعت المرأة أمرها الى القاضي وحقق ذلك فثبت لديه ما قالته عزره القاضي أي عاقبه بما يعلم انه ينزجر به عن ارتكاب مثل ما فعل ـ انظر مادة (٢١١)

الباب الرابع

(فيما للزوجة وما عليها من الحقوق)

الفصل الاول

(فيما على الزوجة من الحقوق لزوجها)

اذا امر الزوج زوجته بشيء فاما أن يكون هذا الشيء من حقوق الزوجية اولا فان كان الاول لزمها طاعته اذا كان مباحا شرعاً فتتقيد بلازمة بيتها بعد

الحاكم فله ان يعين عدلين ويجعلهما حكمين والاولى ان يكون احدهما من اهله والآخر من أهلها فيستمعا شكواهما وينظرا بينهما ويسعيا في اصلاح امرهما وان لم يتيسر لهما الاصلاح فليس لهما التفريق بينهما بالخلع الا ان يكونا وكيلين من قبل الزوجين بذلك

(٢١١) اذا اشتكت المرأة نشوز زوجها وضربه اياها ضربا فاحشا ولو بحق وثبت ذلك عليه بالبينة يعزر

إيفائها معجل صداقها ولا تخرج منه الا باذنه فان لم يأذن لها بالخروج فلا يباح لها الا فى المسائل التي تقدمت لك فى شرح مادة (٢٠٦) وتبادر الى فراشه اذا طلبها ولم تكن ذات عذر شرعى فان كانت حائضا أونفساء فلا يلزمها ذلك بل يحرم عليها إجابته وتصون نفسها عن كل ما يشينها ويلحق ضرراً بالزوج سواء كان فى نسبه أوفى شرفه وتحافظ على أمواله فلا تعطى منها لا حد شيئاً مما لم تجر العادة باعطائه الا باذنه

وان كان الثانى وهو ما اذا كان المأمور به ليس من حقوق الزوجية كما اذا أمرها أن تبيع بيتها أو تؤجره لفلان مثلا فلا يلزمها طاعته ـ انظر مادة (٢١٢)

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ فيما للمرأة من الحقوق ﴾

ومحل وجوب طاعة الزوجة لزوجها اذا قام بالواجب عليه فان لم يقم به فلا يلزمها طاعته فاذا لم يعطها معجل صداقها فلها الحق فى أن تمنع نفسها من الوقاع ودواعيه سواء كان قبل الدخول أو بعده وسواء كانت مكرهة على

(مادة ٢١٢) من الحقوق على المرأة لزوجها ان تكون مطيعة له فيما يأمرها به من حقوق الزوجية ويكون مباحا شرعا وان تتقيد بملازمة بيته بعد ايفائها معجل صداقها ولا تخرج منه الا باذنه وان تكون مبادرة الى فراشه اذا التمسها بعد ذلك ولم تكن ذات عذر شرعى وان تصون نفسها وتحافظ على ماله ولا تعطى منه شيئاً لاحد مما لم تجر العادة باعطائه الا باذنه

الدخول أو راضية به وهذا مذهب الامام وقال الصاحبان ان دخل بها راضية قبل ان تأخذ معجل صداقها فلا يكون لها حق في منعه من ذلك وكل من التعجيل والتأجيل يختلف بحسب الشروط والعرف فمتى كان هناك شرط فى العقد اتبع سواء كان تعجيل الكل أو بعضه أو تأجيل الكل فان اشترطوا تعجيل الكل ثبت لها المنع حتى تقبضه ومثله اشتراط تعجيل البعض فلها المنع الى أن تقبض مااشترط تعجيله فان كان كل المهر مؤجلا فلها الحق فى المنع أيضا حتى يحل الاجل وتقبضه الا اذا كان هناك شرط بخلاف ذلك بان اشترط عليها الزوج الدخول بها قبل حلول الاجل فليس لها المنع وان لم يكن هناك شرط بالنسبة للتأجيل والتعجيل بل سكتوا عن ذلك كان لها الحق فى المنع حتى تقبض مايعجل لمثلها من المهر على حسب العرف — انظر مادة (٢١٣)

فان أعطاها مايعجل لمثلها عرفا لزمها طاعته وان لم يوف بذلك فلا تلزمها وحينئذ يجوز لها الخروج من بيته بلا اذنه ولا تكون بذلك خارجة من طاعته بغير حق بل خروجها بحق اذ لم يقم الزوج بالواجب عليه فلا تسقط نفقتها لانها لا تسقط الا اذا كانت خارجة عن طاعته بغير حق فاذا لم تمتثل أمره بحق فلا تسقط — انظر مادة (٢١٤)

(مادة ٢١٣) للمرأة أن تمنع نفسها من الوقاع ودواعيه ومن اخراجها من بيتها ولو بعد الدخول بها راضية الى أن يوفيها زوجها جميع ما بين تعجيله من مهرها ان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا وان لم يبين قدر المعجل منه فحتى تستوفي قدر مايعجل لمثلها على حسب عرف أهل البلد ولها منعه أيضاً ان كان المهر مؤجلا كله الا اذا اشترط الزوج الدخول بها قبل حلول الاجل ورضيت به

(مادة ٢١٤) اذا لم يوف الزوج المرأة ماتعورف تعجيله من مهرها جاز لها =

وهناك أحوال يجوز للزوجة الخروج فيها بغير اذن الزوج ولو كان قائما بالواجب عليه ومنها خروجها لزيارة أبويها في كل أسبوع مرة ولزيارة محارمها فى كل سنة مرة وتقدم كل ذلك مستوفى فى شرح مادة (٢٠٧) — انظر مادة (٢١٥)

ومن هذه الاحوال ماإذا كان أبو الزوجة مريضا فاحتاج اليها لعدم من يقوم بشأنه ففي هذه الحالة يلزمها الذهاب اليه وتعاهده بقدر احتياجه رضى الزوج أو لم يرض ولا فرق فى ذلك بين ماإذا كان الاب مسلما أو غير مسلم ومثله الام لان الشخص مأمور ببر الوالدين على قدر استطاعته ويكفي فى الحث على وجوب بر الوالدين قوله جل وعز فى شأنهما (إمّا يبلغنّ عندك الكبر أحدُهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيراً) — انظر مادة (٢١٦)

﴿الكتاب الثالث﴾

﴿ فى فرق النكاح ﴾

لما كانت الفرقة بين الزوجين لاتحصل الا بعد الزواج أخرها عنه والفرق كثيرة منها الفرقة بالطلاق ومنها الفرقة بالخلع أو بالعنة أو بالردة ولذلك جمعها وبدأ بالطلاق فقال

الخروج من بيته بلا اذنه ولا تكون بذلك ناشزة ولا تسقط نفقتها.

(مادة ٢١٥) للمرأة أن تخرج لزيارة والديها في كل اسبوع مرة ولزيارة محارمها في كل سنة مرة ولا تبيت عند أحد منهم بغير اذن زوجها ولا يمنع أبويها من الدخول عليها لزيارتها في كل جمعة مرة ولا غيرهم من المحارم فى كل سنة مرة

(مادة ٢١٦) اذا كان أبو الزوجة مريضاً مرضا طويلا فاحتاجها ولم يكن=

﴿الباب الاول﴾

(فى الطلاق)

لما كان الطلاق يشتمل على عدة مباحث كتعريفه وسببه ومن يقع طلاقه ومن لا يقع ومحله وعدده وأقسامه وتنجيزه وتعليقه وتفويضه للزوجة أتى بفصول تحت هذه الترجمة ولكن لم يبين معنى الطلاق فى اللغة ولا فى اصطلاح الفقهاء مع انه لا بد من معرفة معناه حتى يتميز عن غيره ولم يبين السبب أيضا مع انه لا بد من معرفته . فالطلاق معناه فى اللغة رفع القيد مطلقا أى سواء كان حسيا أو معنويا فكما يقال فى اللغة طلقت المرأة أي رفعت قيد الزواج المعنوى عنها يقال أيضاً طلقت البعير من عقاله أي رفعت القيد الحسى عنه وكما يقال أطلقت الاسير من قيده يقال أطلقت المرأة أى رفعت عنها قيد الزواج المعنوى ولكن العرف خصص استعمال هذه المادة في رفع القيد المعنوي وهو الزواج بالتفعيل وفي رفع القيد الحسى بالافعال فيقال عرفا طلق فلان امرأته ولا يقال أطلقها واطلق فلان الدابة ولا يقال طلقها فيكون الاول صريحا في الطلاق اى لا يحتاج الى النيه بخلاف الثانى فانه كناية يحتاج اليها ولذا لو قال لزوجته اطلقتك او انت

لديه من يقوم بشأنه فعليها الذهاب اليه وتعاهده بقدر احتياجه ولو كان غير مسلم وان أبى الزوج ذلك

«طلقة» بسكون الطاء وتخفيف اللام فلا يقع الطلاق الا اذا نواه بخلاف ما اذا قال لها طلقتك أو انت «طلقة» بفتح الطاء وتشديد اللام فان الطلاق يقع ولو لم ينوه

ومعنى الطلاق شرعا أى فى عرف الفقهاء رفع قيد النكاح فى الحال أو فى المآل بلفظ مخصوص فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال اذا كان الطلاق بائنا فلو أراد الزوج ارجاع زوجته الى عصمته فلا بد من أن يعقد عليها عقدا جديدا ويجعل لها مهراً جديداً ولا بد من رضاها بذلك لان قيد النكاح قد ارتفع بمجرد الطلاق البائن وهذا ان كان بائنا بينونة صغرى فلو كبرى فلا بد من تزوجها بغيره كما عرفته غير مرة

ويرتفع قيد النكاح بالطلاق فى المآل اذا كان الطلاق رجعيا فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا فلا يرتفع الزواج فى الحال بل بعد انقضاء المدة ولذا يجوز للزوج ان يراجعها مادامت فى المدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض فان انقضت عدتها التحق بالبائن فى الحكم فاذا أراد ارجاعها فلا بد من رضاها وعقد ومهر جديدين . واللفظ المخصوص الذى يقع به الطلاق يكون صريحا وكناية كما سيتضح مما يأتى

﴿ سبب الطلاق ﴾

اعلم انهم اختلفوا فى ايقاع الطلاق هل هو مباح أو محظور فبعضهم يقول بالاول مستدلا بقوله تعالى (لاجناح عليكم إن طلقتم النساء) وقوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) ولانه صلى الله تعالى عليه وسلم طلق حفصة رضى الله عنها وكذا الصحابة رضى الله تعالى عنهم فان عمر رضى الله تعالى عنه طلق

ام عاصم وابن عوف طلق تماضر والمغيرة بن شعبة طلق أربع نسوة والحسن بن على رضى الله تعالى عنهما استكثر من النكاح والطلاق . وبعضهم يقول بالثانى وهو أن الاصل فيه المنع ولا يباح الا لحاجة ككبر وريبة فهو مشروع من جهة ومحظور من جهة أخرى فشروعيته من حيث أن فيه أزالة الزواج عند ما تكون هناك داعية اليه وحظره من جهة ان فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والاخروية وهذا القول هو الصحيح لان الله تعالى قال (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة) فى الطلاق كفران النعمة وقطع لهذه المودة والرحمة التى بها مصالح الدين والدنيا ولا تنافى بين الحظر والمشروعية من جهتين كالصلاة فى الارض المغصوبة لكن جهة الحظر تندفع بالحاجة ككبر أو ريبة أو دمامة خلق أو تنافر طباع بينهما أو ارادة تأديب أو عدم قدرة على القيام بحقوق النكاح ونحو ذلك فبالحاجة تتمحض جهة المشروعية وتزول جهة الحظر وبدونها تبقى الجهة الثانية لما فيه من كفران النعمة وإيذاء أهلها وأولادهمنها بلا حاجة ولا سبب ولذا قال تعالى (فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) اى فلا تطلبوا الفراق . ويكفيك فى التشنيع على الطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « أبغض الحلال الى الله تعالى الطلاق » وانما كان حلالا باعتبار اباحته فى بعض الاوقات اعنى أوقات تحقق الحاجة اليه ولا يمكن اثبات الاباحة مطلقاً لمنافاته اثبات جهة الحظر اذ لا شك فى أنه بلا سبب أصلا لا ينبغى الاقدام عليه وينسب صاحبه للحمق لما فيه من كفران النعمة والايذاء المنهى عنه ولا يمكن أن يحمل طلاق النبى صلى الله عليه وسلم واصحابه رضى الله تعالى عنهم على أن يكون صادراً بلا سبب أصلا بان يكون

لغواً وعبثاً بل لا بد من سبب معتبر شرعاً كالاعذار المذكورة ونحوها ومن تأمل فى قوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما) ظهر له جلياً ان الغرض التباعد عن الفراق بقدر الاستطاعة فالذى ينبغى التعويل عليه ان الشريعة الاسلامية لم تبح الطلاق فى أى وقت ولم تمنعه كذلك بل هى وسط بين الاثنين — اذا عرفت هذا تعلم أن ما يحصل من ايقاع الطلاق بلا سبب جهل بما هو المعول عليه فى الشريعة الاسلاميه أو هو خروج عما تأمر به فالعيب كل العيب انما هو على من يدعى أنه متبع للشريعة ولا يدرى مافيها أو يعلمه ولكن لا يعمل به والشريعة بريئة من التقصير والقصور ومن اطلع على ما قاله العلامة ابن عابدين فى حاشيتيه على البحر الرائق والدر المختار أول كتاب الطلاق ظهر له جلياً صحة ما قلناه

فالطلاق له محاسن كثيرة منها التخلص به من المكاره اذ لو فرض أنه لم يشرع وان من تزوج امرأة لا يباح له تطليقها أصلا وحصل من أحدهما ماينفر الآخر وليس هناك طريقة للفرقة الا الموت لربما يرتكب اسبابه ليتخلص من صاحبه

ومنها شرعه ثلاثاً لان النفس كذوبة ربما يظهر لها عدم الحاجة الى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثاً ليجرب نفسه اولا وثانيا

ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لانهن يعجزن غالباً فيتأثرن باقل مؤثر فيقدمن عليه كثيرا بخلاف الرجال



الفصل الاول

﴿ فيمن يقع طلاقه ومن لا يقع ومحل الطلاق وعدده ﴾

الزوج هو الذى له أن يرفع قيد الزواج اذا كان صحيحاً فالطلاق لا يلحق النكاح الفاسد فلو فرض ان رجلا تزوج امرأة بعقد فاسد ثم أوقع عليها طلاقاً فلا يلحق هذا الطلاق الزوجة فله أن يجدد العقد عليها ولا ينقص من عدد الطلاق شىء حتى لو كان الطلاق الذى أوقعه ثلاثاً جاز له أن يعقد عليها قبل أن تتزوج بغيره لانه غير واقع لما عرفت من أن الطلاق لا يقع الا اذا كان عقد الزواج صحيحاً. وجعل الطلاق بيد الرجال من محاسنه لان النساء يتأثرن بأقل مؤثر فيقدمن عليه عند حصول ما يتأثرن به فيكثر الطلاق القاطع للزواج المترتبة عليه المصالح الدينية والدنيوية فلم يجعل بيد النساء لذلك وهذا فى الاصل أى أنه يثبت للزوج بمجرد العقد الصحيح وأما الزوجة فلا يثبت لها الا بالشرط فاذا اتفق الزوجان فى عقد الزواج أو بعده على أن الزوجة لها أن توقع الطلاق على نفسها فى أى وقت شاءت أو عند ما يحصل الامر الفلانى صح ذلك ولها أن تطلق نفسها حسب التمليك والاحسن فى هذا الزمان أن تحفظ الزوجة لنفسها الحق فى ايقاع الطلاق عند ما يحصل من الزوج شىء تكرهه كالتزوج عليها أو غيابه عنها مدة معلومة أو عدم الانفاق عليها كذلك بأن يقول الزوج لزوجته ان تزوجت عليك فلك الحق فى أن تطلق نفسك فيثبت لها هذا الحق متى تزوج عليها ومثل التزوج غيره

ولا يقع طلاق الزوج الا إذا كان بالغاً عاقلا سواء كان محسناً للتصرف

فى ماله أو غير محسن له وهو السفيه اى الذى يضيع ماله على خلاف ما يقتضيه الشرع والعقل وسواء كان صحيحاً أو مريضاً لوجود العقل عند كل واحد منهما حتى اذا انتفى بان نشأ عن تأثير المرض اختلال فى العقل فلا يقع طلاق الزوج وسواء كان الزوج مختاراً أو مكرها وسواء كان قصد حقيقة كلامه أو لا يقصده وهو الهازل وكل هذا باتفاق الا المكره فان القائل بوقوع طلاقه أبو حنيفة وباقى الائمة يقولون بعدم الوقوع فاذا هدد شخص آخر بشىء يكرهه كقتل اوقطع عضو او اتلاف مال مثلا ان لم يطلق زوجته وكان المكره قادراً على ايقاع ما هدده به وطلق وقع الطلاق عند ابى حنيفة ولا يقع عند باقى الائمة واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » أى رفع عن الامة حكم ما فعلوه خطأ أو نسياناً او مع الاكراه فلا يؤاخذون عليه ولا يعاملون بما يقتضيه لو حصل منهم فى غير هذه الاحوال ولان الاكراه لا يجامع الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعى انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فى التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه واستدل ابو حنيفة بان المكره قصد ايقاع الطلاق على زوجته حال أهليته لانه عرف الشرين وهما الهلاك مثلا والطلاق. واختار أهونهما واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يخلو فعله عن حكمه كما فى الطائع اذا لعلة فيه دفع الحاجة وهى موجودة فى المكره لحاجته الى التخلص مما توعد به من القتل او الجرح مثلا الا أنه غير راض بالحكم فيقع الطلاق ولا تأثير لهذا فى نفى الحكم كما فى الهازل. يدل عليه حديث حذيفة

وأبيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم « نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم » فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا تأثير للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار ولكن يقال على هذا انه لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها مع ان له الخيار في فسخ العقود أو امضائها بعد زوال الاكراه ويجاب بان وجه ثبوت الخيار له في فسخ هذه العقود أو امضائها أنه غير راض بالحكم فثبت له فسخ العقود وأما ههنا فانه وان كان غير راض بالحكم الا أنه غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم وقد يقال ان هناك فرقا بين المكره والهازل فلا يصح القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره ويجاب عن هذا بان للهازل اختياراً كاملا في السبب اما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلا فكان اختيار الهازل أيضاً غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فيصح اعتبار احدهما بالآخر والجواب عن الحديث المتقدم انه لا يصح ان تنفى نفس ما استكرهوا عليه لوجوده حقيقة فلا بد من تقدير الحكم وهو نوعان دنيوي واخروى فلا يتناولهما اللفظ الواحد لانهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالاجماع فانتفى الآخر ان يكون مرادا . وتوضيح ذلك ان الرجل اذا طلق زوجته ولم تكن هناك داعية الى الطلاق ترتب عليه حكمان دنيوى وهو وقوع الطلاق وأخروى وهو العقاب في الآخرة لما عرفت مما تقدم ان الاصل في الطلاق الحظر

ولا يباح الاقدام عليه الا اذا كانت هناك داعية اليه فاذا أكره على الطلاق وأوقعه ثبت الحكم الدنيوى وهو الوقوع وانتفى الحكم الاخروى وهو العقاب لارتفاعه بالاكراه ولا يصح أن نريد رفع الحكمين عن المكره لان المشترك لا يستعمل فى معنييه

وكل هذا فيما اذا كان الاكراه على انشاء الطلاق فلو كان على الاقرار به فلا يقع اجماعا اما عند غير أبى حنيفة فظاهر وأما عنده فلأن الاقرار خبر محتمل للصدق والكذب وقيام السيف على رأسه مثلا يرجح جانب الكذب فلا يقع لانه اقرار بشيء غير حاصل فى الواقع ونفس الامر.

وانما اتفقوا على وقوع طلاق الهازل لقوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق» وكما يقع طلاق المكره عند أبى حنيفة يقع طلاق المخطىء والناسى فالمخطىء هو الذى يريد ان يتكلم بغير الطلاق فيجرى على لسانه الطلاق والنسيان لا يتصور الا فى فعل الشرط المعلق عليه الطلاق فاذا حلف رجل بطلاق زوجته ان لا يكلم فلاناً وكلمه ناسياً هذا الحلف وقع الطلاق أيضا عند أبى حنيفة ولكن ينتفي عنه العقاب الاخروى — والظاهر مذهب من قال بعدم وقوع طلاق المكره والمخطيء والناسي انظر مادة (٢١٧)

فقد علمت مما تقدم انه لا يقع طلاق الزوج الا اذا كان عاقلا بالغاً فلو

(مادة ٢١٧) للزوج دون المرأة ان يرفع قيد النكاح الصحيح بالطلاق . ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو كان محجوراً عليه لسفه أو مريضاً غير مختل العقل أو مكرها أو هازلا

زال عقله فاما ان يكون زواله بسبب هو معصية اولا فان كان الاول كما اذا تناول الشخص شيئاً محرما طائعاً مختاراً سواء كان خمراً أو نبيذاً أو حشيشاً أو افيونا او بنجاً فسكر وغاب عقله بحيث صار لا يميز الاشياء عن بعضها بأن لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولا الطول من العرض وطلق زوجته وقع عليه الطلاق لكن يشترط أن يكون زوال العقل مترتباً على السكر فلو شرب فصدع رأسه وزال عقله بالصداع وطلق لم يقع طلاقه لان علة زوال العقل الصداع والشرب علة العلة والحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم صلاحية العلة وقال جمع من الصحابة بعدم الوقوع ووافقهم بعض الحنفية لانه لا قصد له كالنائم بل هو أسوأ حالا منه لان النائم اذا استوقظ استيقظ بخلاف السكران وهذا لان شرط صحة التصرف العقل وقد زال فصار كزواله بالدواء وغيره من المباحات وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا اثر له والا صحت ردته ولنا أنه مخاطب شرعا بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى) فوجب نفوذ تصرفه ولان عقله زال بسبب هو معصية فيجعل باقياً زجراً له بخلاف ما اذا زال بالمباح

والظاهر عدم وقوع طلاق السكران ولو سكر بمحظور لان الطلاق ليس عقابا له فقط بل يترتب عليه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدينية والدنيوية والاضرار بالزوجة وباولادها منه وبأهلها فلو أوقعنا طلاق السكران لعاقبنا غير المذنب ممن ذكر وهو غير جائز (ولا تزر وازرة وزر أخرى) فلا يعاقب الا السكران وعقابه يكون بالحد لينزجر عن مثل هذا ويعتبر غيره

وان كان الثاني وهو ما اذا كان زوال العقل بسبب غير معصية كما اذا

تعاطى المسكر للتداوى بعد أن تعين فيه الشفاء باخبار طبيب ماهر عدل أو شرب شيئاً من المباحات ولكن لعدم موافقة الطبيعة زال عقله فلا يقع الطلاق وعلى هذا لو اكره على تعاطى ما يزيل العقل فتعاطاه أو كان مضطراً لشرب الخمر كما اذا كان يأكل فغص باللقمة حتى خاف على نفسه الموت ولم يجد ما يسيغها به الا الخمر وتناول منه مقداراً يكفى لذلك فزال عقله وطلق لم يقع طلاقه وهذا هو الذى يجب التعويل عليه لانه غير مختار

وبعضهم يقول بالوقوع فى هاتين الحالتين معللا بان زوال العقل حصل بفعل هو محظور فى الاصل وان كان مباحا بعارض الاكراه والاضطرار ولكن السبب الداعى للحظر قائم فاثر قيام السبب فى حق الطلاق ولا يخفى مافيه من التشديد لان الاباحة العارضة كافية فى عدم المؤاخذة بما يترتب على الفعل وان كان محظوراً فى الاصل خصوصاً بالنسبة للطلاق الذى فى وقوعه معاقبة غيره كما علمته مما تقدم فى السكران — انظر مادة (٢١٨)

وبناء على ما تقدم لا يقع طلاق المجنون والمعتوه لان أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل لكل منهما واحسن الاقوال فى الفرق بينهما ان المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكنه لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون ومثلهما من اختل عقله بسبب من الاسباب سواء كان لكبر اومرض أو مصيبة نزلت به لان أهلية التصرف بالعقل المميز وهو غير موجود

(مادة ٢١٨) يقع طلاق السكران الذى سكر بمحظور طائعاً مختاراً لا مكرهاً ولا مضطراً

عندهم ولكن اذا علق الشخص طلاق زوجته وهو عاقل على شيء من الاشياء ووجد هذا الشيء وهو مجنون وقع الطلاق فاذا قال لها وهو عاقل ان دخلت دار فلان فانت طالق ثم جن ودخلها وهو مجنون وقع الطلاق لوجود ما علق عليه (انظر وتأمل) وعند الامام أحمد يقع طلاق الصبي اذا كان مميزاً يعقله بان يعلم ان زوجته تبين منه وتحرم عليه ان طلقها

ولا يقع طلاق النائم أيضا لانه عديم الاختيار فى التكلم وشرط صحة التصرف الاختيار فيه — انظر مادة (٢١٩)

ويعلم من قولنا فيما تقدم يشترط لوقوع الطلاق ان يكون الزوج عاقلا بالغاً ان طلاق الصبي غير واقع ولو كان مراهقا أى قريبا من البلوغ بان كان سنه اثنتى عشرة سنة لان أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي بهذا الوصف لان المراد بالعقل المعتدل منه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلامه لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما يترتب عليه مضرة له فلو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لم يعتبر أيضاً لان المدار على البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبنى الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية. وكما لا يقع طلاق القاصر لا يقع طلاق أبيه على زوجته لقوله عليه الصلاة والسلام « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » أى الزوج وهى كناية

(مادة ٢١٩) لا يقع طلاق النائم والمجنون والمعتوه ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته وانما يقع طلاق المجنون اذا علقه بشرط وهو عاقل ثم جن ووجد الشرط وهو مجنون

لطيفة — انظر مادة (٢٢٠)

ولا يشترط اللفظ فى وقوع الطلاق بل كما يكون باللفظ يكون بالاشارة لغير القادر على اللفظ فيقع طلاق الاخرس باشارته المعهودة الدالة على قصده الطلاق لانها صارت مفهومة فكانت كالعبارة فى الدلالة استحسانا فتصح بها جميع تصرفاته سواء كانت زواجا أو طلاقا أو غيرهما وسواء كان يحسن الكتابة أولا وقال بعضهم ان كان يحسن الكتابة فلا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الاشارة قال فى فتح القدير وهو قول حسن — انظر مادة (٢٢١)

وكما يكون الطلاق بالاشارة يكون بالكتابة سواء كان الكاتب قادرا على اللفظ أو غير قادر ولكن الكتابة على نوعين الاول الكتابة المرسومة الثانى الغير المرسومة فالمرسومة هى ما يكتب الى الغائب بان تكون مصدرة ومعنونة على جهة الرسالة وفى هذه الحالة يقع الطلاق نوى أو لم ينو فلو قال لم أقصد الطلاق وانما قصدت تجربة القلم لم يصدق قضاء لان الارسال اليها دليل على قصده الطلاق ولكن الطلاق فى هذه الحالة اما ان يكون منجزاً أو معلقاً على وصول الجواب مثلا . فان كان منجزا كما اذا قال بعد كلام ذكره فى الجواب أما بعد فانت طالق وقع الطلاق بمجرد الكتابة فتعتد من هذا الوقت وان كان معلقا بوصول الجواب اليها كما اذا قال أما بعد فاذا وصلك جوابى هذا فأنت طالق فان الطلاق فى هذه الحالة لا يقع الا اذا وصل الكتاب فان وصل الى أبيها فمزقه ولم يدفعه اليها فان

(مادة ٢٢٠) لا يقع طلاق أبى القاصر على زوجته ولا طلاق القاصر ولو كان مراهقاً

(مادة ٢٢١) يقع طلاق الاخرس باشارته المعهودة الدالة على قصده الطلاق

كان متصرفاً فى أمورها وقع وان لم يكن كذلك فلا يقع سواء اخبرها بذلك اولم يخبرها لان الطلاق معلق على اتيان الجواب اليها ولم يحصل فلا يقع الطلاق ما لم يدفع اليها الكتاب المزق

وغير المرسومة المتقدم ذكرها تنقسم الى قسمين مستبينة وغير مستبينة فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والرمل على وجه يمكن فهمه وقراءته وغير المستبينة ما يكتب على الهواء اوالماء اوشىء لا يمكن فهمه وقراءته ففى المستبينة الغير المرسومة يقع الطلاق اذا نواه وهذا هو المعول عليه وبعضهم يقول يقع وان لم ينوه وفى غير المستبينة لا يقع الطلاق وان نواه

وبما أن الزوج يملك الطلاق على زوجته بمجرد العقد فله ان يوقعه بنفسه وأن يوكل غيره فى ايقاعه لان القاعدة ان كل من ملك شيئاً له أن يتولاه بنفسه وله ان يقيم غيره وكيلا عنه فى ذلك الشىء سواء كان الوكيل هو الزوجة أو غيرها فان كان الزوجة وأمرها بأن توقع الطلاق على نفسها وعلى غيرها من ضرائرها كان هذا الامر تفويضاً بالنسبة لها وتوكيلا بالنسبة لغيرها وستعرف أحكام التفويض والفرق بينه وبين التوكيل فى بابه فلو وكل رجل غيره فى طلاق زوجته فلذلك الغير ان يطلقها لانه استفاده ممن له ولاية الطلاق ولا شك أن للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء الا اذا تعلق بالوكالة حق للغير فليس له عزله الا برضا ذلك الغير لان الوكالة فى الاصل من العقود الغير اللازمة ولكن لا ينعزل الوكيل فى الطلاق اذا لم يكن بمال بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائناً أو رجعياً فللوكيل ان يطلقها بعد ذلك ما دامت فى العدة فاذا انقضت عدتها انعزل حتى لو تزوجها الموكل

بعد العدة لم يقع طلاق الوكيل عليها بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائناً فانه لو طلقها الوكيل وقع الطلاق — انظر مادة(٢٢٢)

ومحل الطلاق هي المرأة التي يكون الزواج قائماً بينها وبين زوجها بان لم يحصل من الزوج طلاق أصلا او حصل ولكن أعادها اليه بعده والمرأة المعتدة أى التي أوقع عليها زوجها طلاقا ولكن عدة الطلاق لم تنقض فالمرأة الاجنبية ليست محلا للطلاق فاذا قال رجل لاجنبية منه انت طالق ثم تزوجها بعد ذلك فلا يحتسب عليه هذا الطلاق فيملك عليها ثلاث طلقات — وهذا بالنسبة للطلاق المنجز فان كان معلقا فاما أن يكون تعليقه على سبب الملك وهو التزوج او على غيره فان كان الاول كما اذا قال رجل لاجنبية منه اذا تزوجتك فأنت طالق صح هذا التعليق ويقع الطلاق بتزوجها وان كان الثاني كما اذا قال لاجنبية ان كلمت فلانا فانت طالق فتزوجها وكلمت فلانا فلا يقع الطلاق وستعرف هذه المسألة مفصلة والخلاف فيها بين الائمة فى الفصل الثالث فى تعليق الطلاق

فان كان الزواج قائما بينهما فلا كلام فى وقوع الطلاق وأما اذا كانت المرأة معتدة لطلاق او لفرقة ففيه تفصيل وبيانه ان المرأة ان كانت معتدة لطلاق فاما أن يكون الطلاق رجعياً أو بائناً وان كان أو بائناً فاما أن يكون بينونة صغرى أو كبرى . فان كانت معتدة لطلاق رجعى او بائن بينونة صغرى

(مادة ٢٢٢) يقع الطلاق لفظا وبالكتابة المرسومة المستبينة . وكما يجوز للزوج ان يوقعه بنفسه يجوز له أن يوكل به غيره وأن يرسله الى المرأة مسطوراً فى كتاب وان يأذنها بايقاعه تفويضاً على نفسها وتوكيلا على غيرها من ضرائرها .

تكون محلا للطلاق فلو طلقها وهى فى العدة وقع عليها طلاق ثان وان كانت معتدة لبائن بينونة كبرى فلا تكون محلا للطلاق فلو أوقع عليها طلاقا فى هذه الحالة لم يقع لان الطلاق الذى يملكه بهذا التزوج قد انتهى — والبينونة الكبرى تختلف لان المرأة اما ان تكون حرة أو رقيقة فان كانت حرة فالبينونة الكبرى تكون بالطلاق الثلاث وان كانت رقيقة تكون بطلقتين سواء كان زوج كل منهما حرا أو رقيقا لان عدد الطلاق يعتبر بالنساء عند أبى حنيفة كما ستعرفه فى المادة الآتية . وان كانت معتدة لفرقة فاما ان تكون الفرقة طلاقا أو فسخا فان كانت الفرقة طلاقا كالفرقة بالايلاء و هو الحلف على عدم قربان الزوجة أربعة أشهر بان قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أربعة أشهر وبر فى يمينه فبمضى الاشهر الاربعة تطلق المحلوف عليها طلاقا بائنا وتلزمها العدة فما دامت العدة لم تنقض تكون محلا للطلاق ومثل الفرقة بالايلاء الفرقة بالعنة فاذا تزوج رجل بامرأة ووجدته عنينا أى لا يمكنه اتيانها ورفعت الامر الى القاضى طالبة التفريق وأجله سنة ومضى الاجل ولم يحصل المقصود فعادت الى القاضى شاكية وفرق بينهما بسبب العنة كانت هذه الفرقة طلاقا لانها آتية من قبل الزوج ويلزم المرأة العدة فما دامت فيها فهى محل للطلاق فلو أوقع عليها طلاقا وقع فلو فرض أن المرأة رضيت بتزوجه بعد ذلك ولم تكن تزوجت بغيره فلا يملك عليها الا طلقة واحدة لان الفرقة بالعنة طلاق والطلاق الذى أوقعه عليها وهى فى العدة واقع فصار الواقع طلقتين فلا يملك الا طلقة واحدة فلو طلقها وهى فى العدة طلقتين فقد بانت منه بينونة كبرى فليس له التزوج بها الا بعد التزوج بغيره ومثل الفرقة بالعنة التفريق بالجب

وان كانت الفرقة فسخا فاما ان تكون الحرمة التى ترتبت على هذا الفسخ مؤبدة أومؤقتة فان كانت مؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج مثلا فلا يلحقها الطلاق لانه لافائدة حينئذ فى اعتباره وان كانت مؤقتة كما اذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلم الزوج وكانت المرأة غير كتابية وامتنعت عن الدخول فى دين سماوى ففرق القاضى بينهما فما دامت فى العدة تكون محلا للطلاق فان كانت المرأة هى التى أسلمت وامتنع الزوج عن الاسلام وفرق بينهما كانت الفرقة طلاقا لافسخا فكان عليه ان يقول فى المادة أو فسخا باباء الزوجة الاسلام لان الفرقة باباء الزوج طلاق لافسخ وان كانت المرأة محلا للطلاق فيها الا ان الكلام فى الفرقة التى هى فسخ ومثل هذه المعتدة لفرقة سببها ارتداد أحد الزوجين فانها تكون محلا للطلاق. ولا يلحق الطلاق المعتدة لفرقة هى فسخ فى غير هاتين الفرقتين كالفسخ لخيار البلوغ فاذا زوج الصغيرة غير الاب والجد بكفء وبمهر المثل صح الزواج ونفذ ولكنه غير لازم بل لها ان تختار نفسها عند البلوغ فاذا حصل فلا تكون محلا للطلاق ولو فى العدة وهذا هو الذى ارتضاه فى البحر فى أول كتاب الطلاق عند الكلام على محله

ومثل هذا الفسخ بنقصان المهر فاذا زوجت المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد بكفء وباقل من مهر المثل واعترض العاصب على هذا العقد ورفع الامر الى القاضى ولم يرض الزوج بتتميم مهر المثل وفسخ العقد فلا تكون محلا لايقاع الطلاق

والفرق بين الفرقة التى هى طلاق والفرقة التى هي فسخ ان الاولى تنقص عدد الطلاق بخلاف الثانية فاذا فرض وتراضى الزوجان على التزوج

بعد الفرقة ففى الاولى يملك عليها طلقتين وفى الثانية يملك ثلاثاً اذا لم يكن حصل منه طلاق أصلاً

ولا يخفى ان هذا انما هو بالنسبة لغير الفرقة التى تحرم المرأة على التأبيد أما فيها فلا يحل التزوج بها أصلا فصار حاصل ماتقدم ان محل الطلاق هى المرأة التى يكون الزواج قائما بينها وبين زوجها والمعتدة فالاولى محل للطلاق بلا تفصيل وأما المعتدة فاما أن تكون معتدة لطلاق أو لفرقة والمعتدة لطلاق اما ان يكون طلاقها رجعيا أو بائنا والبائن اما ان يكون بينونة كبرى أو صغرى فالمعتدة لطلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى محل للطلاق والمعتدة لبائن بينونة كبرى ليست محلا الطلاق والمعتدة لفرقة إما ان تكون فرقتها طلاقا أو فسخاً فان كانت طلاقا فهى محل له وان كانت فسخا فاما ان تثبت حرمة مؤبدة أو مؤقتة فان أثبتت حرمة مؤبدة فلا تكون محلا للطلاق وان أثبتت حرمة مؤقتة كانت محلا للطلاق اذا كانت الفرقة باباء الزوجة الاسلام أو ارتداد أحد الزوجين عن الاسلام — انظر مادة (٢٢٣)

واتفقت كل الائمة على ان عدد الطلاق ثلاث ولكنهم اختلفوا فى اعتباره بالرجال أو بالنساء فقالت الائمة الثلاثة يعتبر بالرجال وقال أبو حنيفة يعتبر بالنساء وينبنى عن هذا الاختلاف انه اذا تزوج حر رقيقة ملك عليها ثلاث طلقات على مذهب الائمة الثلاثة لان العبرة بالزوج وهو حر فيملك ثلاثا

(مادة ٢٢٣) محل الطلاق المرأة المنكوحة والمعتدة من طلاق رجعى أو بائن غير ثلاث للحرة والمعتدة لفرقة هى طلاق كالفرقة بالايلاء والعنة ونحوها أو لفسخ باباء احد الزوجين الاسلام

ويملك عليها طلقتين عند أبي حنيفة لان العبرة بالزوجة وهي رقيقة فيملك طلقتين ولو كان حرا فاذا تزوج حر حرة أو رقيق رقيقة فانه يملك في الاولى ثلاث طلقات وفي الثانية طلقتين لان صفة الزوجين واحدة وهي الحرية في الاول والرق في الثاني فلا يختلف الحكم سواء اعتبرنا الطلاق بالرجال أو بالنساء — واستدلت الائمة الثلاثة بقوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » ووجه الاستدلال انه عليه الصلاة والسلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يخصص كل واحد منهما بجنس على حدته ثم انه اعتبر العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر أيضاً — واستدل أبو حنيفة بقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان » ووجه الاستدلال انه عليه الصلاة والسلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكانت للجنس وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس أي جنس الامة ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتين ولبعضهن ثلاثا فلم تبق اللام للجنس وقد ثبت انها له

ولا يقال يجوز أن يكون المراد بها الامة التي تزوجها رقيق عملا بالحديثين لانا نقول لو كان كما ذكر لافضى الى أن تكون الهاء في وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصاً لها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وهذا غير صحيح لان الامة عدتها حيضتان سواء كانت متزوجة بحر أو عبد بالاتفاق .

وما رواه الائمة الثلاثة موقوف على ابن عباس غير مرفوع للنبي عليه الصلاة والسلام وعلى تقدير رفعه فمعناه أن ايقاعه بالرجال دون عدده

والزوجة اما أن تكون مدخولا بها او غير مدخول بها فان كان الاول وطلقها الزوج ثلاثاً وقع هذا الطلاق سواء كانت الثلاث مجتمعات أى بكلمة واحدة كما اذا قال لها أنت طالق ثلاثاً او متفرقات أى بكلمات متعددة كما اذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة أو أنت طالق أنت طالق انت طالق أو أنت طالق طالق طالق

وان كان الثانى وهو ما اذا كانت الزوجة غير مدخول بها فان أوقع الثلاث بكلمة واحدة وقع الطلاق الثلاث وان اوقعه متفرقا كما فى الامثلة المتقدمة فلا يقع الا طلاق واحد فقد علمت من هذا أن الزوج متى أوقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة وقع سواء كانت المرأة مدخولا بها اولا وأما اذا اوقعه بكلمات متفرقة فان كانت مدخولا بها وقع الثلاث أيضاً لكن بشرط أن يكون كل من الثانى والثالث حصل وهى فى عدة الطلاق الاول وان كانت غير مدخول بها فلا يقع الا الاول

والفرق بينهما ان المدخول بها عليها العدة عقب الطلاق فاذا طلقها طلقة وقعت ولزمتها العدة فاذا أوقع عليها ثانية وثالثة وهى فى العدة وقعت أيضاً لان الطلاق صادف محله وهى المرأة المعتدة بخلاف غير المدخول بها فانها لا عدة عليها فبمجرد قوله لها أنت طالق بانت منه لا الى عدة فاذا اوقع عليها ثانية فلا تقع لان الطلاق لم يصادف محله اذ هى فى هذه الحالة اجنبية منه لانها ليست بزوجة ولا معتدة فلا تكون محلا للطلاق فلا يقع ولا يتأتى هذا الفرق فى صورة ما اذا كان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لانه فى هذه الحالة يقع مرة واحدة فليس هناك سابق ولاحق حتى يقال أن اللاحق

صادفها وهى غير محل للطلاق فلا يقع ولا يقال انه فى قوله لها أنت طالق ثلاثا يقع واحدة لانه بمجرد قوله لها أنت طالق وقع الطلاق فيلغو قوله ثلاثا لانه صادفها وهي غير محل لانا نقول القاعدة ان الطلاق متى قرن بعدد أو وصف كان الوقوع بالعدد او بالوصف وينبنى على هذه القاعدة أنه لو مات احد الزوجين قبل العدد لغا الطلاق فيثبت المهر بتمامه ولو كان قبل الدخول ويرث أحدهما صاحبه فالوقوع بقوله ثلاثا لا بقوله أنت طالق وعند عدمه يكون الوقوع بالصفة وفى أى حالة وقع فيها الطلاق الثلاث لا تحل المرأة للمطلق الا بعد ان تتزوج بغيره بالشروط المعروفة سواء كانت مدخولا بها او غير مدخول بها — انظر مادة (٢٢٤)

والطلاق لا يقع بأى صيغة كانت بل لا يصح وقوعه الا بصيغة مخصوصة أو ما يقوم مقامها والصيغ المخصوصة بالطلاق تنقسم الى نوعين الاولى الصيغ الصريحة والثانية الكناية وكل من النوعين له شيء يقوم مقامه فالصريحة هى ما ظهر المراد منها ظهوراً بيناً حتى صار مكشوفاً بحيث يسبق الى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان أو مجازاً ومنه سمى القصر المرتفع الابنيه بالصرح لظهوره . وهى بالنسبة للطلاق تنحصر فى أمرين الاول الالفاظ المشتملة على أحرف الطلاق الاصلية وهى الطاء واللام والقاف

(مادة ٢٢٤) عدد الطلاق يعتبر بالنساء فطلاق الحرة ثلاث متفرقات ان كانت مدخولا بها أو غير متفرقات سواء كانت مدخولا بها أم لا فلا تحل لمطلقها بعد الثلاث من نكاح صحيح حتى تنكح زوجاً غيره ويفارقها بعد الوطء فى القبل وتنقضى عدتها

كطالق أومطلقة أو طلقتك الثانى الالفاظ التى ليست مشتملة على أحرف الطلاق ولكن لاتستعمل عرفا الا فيه ولا شك ان هذا يختلف باختلاف العرف فاذا تعارف قوم اطلاق لفظ الحرام على الطلاق وصاروا لا يستعملونه عند اضافته الى المرأة الا فى الطلاق وقال واحد منهم لزوجته أنت على حرام وقع الطلاق ولو قال لم أنوه لان العرف قاض بذلك — والشيء الذى يقوم مقام الصيغة الصريحة هو أولا الكتابة المرسومة المستبينة وقد عرفتها فى شرح مادة (٢٢٢) ثانياً اشارة الاخرس وقد عرفتها فى مادة (٢٢١) ثالثاً الاشارة الى العدد بالاصابع مصحوبة بلفظة طلاق وحيث أن كل ما تقدم صريح او ملحق به فبمجرد حصوله يقع الطلاق ولا يحتاج فيه الى النية لما عرفته من تعريف الصريح المتقدم ولكن يشترط لوقوعه امران الاول قصد اضافة لفظ الطلاق اليها كما اذا قال امرأتى طالق او زينب بنت فلان طالق وزوجته كذلك أو أشار اليها بهذه طالق او خاطبها بقوله أنت طالق فلو قرر مسائل الطلاق بحضرتها او كتب ناقلا من كتاب امرأتى طالق مع التلفظ أو حكى يمين غيره لم يقع أصلا ما لم يقصد زوجته

الثانى أن يكون عالماً بمعناه فاذا لقن الطلاق بلغة لا يعرفها فتلفظ به غير عالم بمعناه فلا يقع أصلا صيانة عن التلبيس

وأما الكناية فهى الالفاظ التى لم توضع للطلاق وتحتمله وغيره كما اذا قال الرجل لزوجته اعتدى أو أنت بائن فان كلا منهما ليس صريحاً فى الطلاق بل يحتمله وغيره فان الاول حقيقته امر بالحساب فيحتمل ان يراد بها اعتداد نعم الله تعالى او ما انعم الله به تعالى عليها او ما انعم به عليها الزوج ويحتمل ان يراد

بها الاعتداد من النكاح والثانى وهو لفظ بائن فلانه يحتمل البينونة عن وصلة النكاح وعن المعاصى وعن الخيرات مثلا ولا يقع الطلاق بالكنايات بمجرد صدور لفظ منها بل يتوقف وقوع الطلاق بها على احد امرين الاول النية من الزوج الثانى دلالة الحال كأن يكون حال مذاكرة الطلاق لان الكنايات غير مختصة بالطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح

وما يقوم مقام الكناية هى الكتابة المستبينة الغير المرسومة وقد عرفت شرحها من مادة (٢٢٢) — انظر مادة (٢٢٥)

الفصل الثانى

فى أقسام الطلاق

الطلاق ينقسم انقساما أوليا الى قسمين الاول رجعى والثانى بائن والبائن

(مادة ٢٢٥) لا يصح وقوع الطلاق الا بصيغة مخصوصة أو ما يقوم مقامها والصيغ المخصوصة بالطلاق اما صريحة أو كناية . فالصريحة هى الالفاظ المشتملة على حروف الطلاق والالفاظ التى غلب استعمالها عرفا فى الطلاق بحيث لا تستعمل الا فيه بأى لغة من اللغات . وما يقوم مقام الصيغة الصريحة هي الكتابة المرسومة المستبينة واشارة الاخرس والاشارة الى العدد بالاصابع مصحوبة بلفظ الطلاق وعاذكر يقع الطلاق بلا نية انما لا بد لوقوعه من اضافة اللفظ الى المرأة المراد تطليقها ولو الاضافة معنوية . والكناية هى الالفاظ التى لم توضع للطلاق وتحتمله وغيره وهذه لا يقع بها الطلاق الا بنية أو دلالة الحال ويقوم مقام صيغة الكناية الكتابة المستبينة الغير المرسومة فتتوقف على النية

ينقسم الى قسمين الاول بائن بينونة صغرى والثانى بائن بينونة كبرى وكل من الرجعى والبائن بينونة صغرى يكون بواحدة او اثنتين ولكن لكل منهما الفاظ مخصوصة كما ستعرفه ان شاء الله تعالى . والبائن بينونة كبرى لا يكون الا بالثلاث وكما يقال للطلاق الثلاث بائن بينونة كبرى يقال له الطلاق البت لان البت معناه القطع ولا شك أن الطلاق الثلاث يقطع الزوجية ويزيلها حتى لو أراد الزوج ارجاعها اليه فلابد من التزوج بغيره بخلاف الرجعى والبائن بينونة صغرى فان له ارجاعها وان لم تتزوج بغيره وان كان فى الاول ينفرد بمراجعتها ولا يتوقف على رضاها وفى الثانى يشترط رضاها وعقد ومهر جديدان — انظر مادة (٢٢٦)

﴿ القسم الأول ﴾

(في الطلاق الرجعى وحكمه والرجعة)

قد عرفت من شرح مادة (٢٢٥) ان الطلاق لا يقع بأى صيغة كانت بل لابد لوقوعه من صيغة مخصوصة وعرفت أيضاً أن الصيغ المخصوصة تنحصر فى أمرين الاول الصريح والثانى الكناية وهذا عام أى سواء كان

(مادة ٢٢٦) الطلاق قسمان رجعي وبائن والبائن نوعان بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى فالاول من النوعين ما كان بواحدة أو اثنتين والثانى ما كان بالثلاث ويسمى بتا

الطلاق رجعياً أو بائناً ولكن لكل منهما الفاظ مخصوصة من هذين الامرين.

فاللفظ الصادر من الزوج اما أن يكون صريحاً أو كناية فان كان صريحاً كما اذا قال زوجتى طالق وأضيف اللفظ الى الزوجة ولو كانت الاضافة معنوية كالخطاب والاشارة وقع الطلاق رجعياً ولكن بشروط

الاول أن تكون الزوجة مدخولا بها حقيقة فان لم تكن مدخولا بها أصلا وقع الطلاق بائناً لان كل طلاق يلحق المرأة قبل الدخول بها يكون بائناً ولان فائدة الطلاق الرجعى انما تظهر فى العدة فيجوز للزوج مراجعتها فيها وان لم ترض والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعياً بل بائناً . أو كانت مدخولا بها دخولا حكميا وهو الخلوة كان الطلاق بائناً ايضاً فمن تزوج امرأة واختلى بها فقط وبعد ذلك اوقع عليها طلاقا كان بائناً بالنسبة لعدم الرجعة وان كانت عليها العدة

الثانى أن يكون الطلاق غير مقرون بعوض فلو قرن به كان الطلاق بائنا فاذا قال رجل لزوجته أنت طالق فى نظير عشرين جنيها فقبلت المرأة ذلك وقع الطلاق بائناً ولزمها دفع هذا المبلغ الى الزوج وانما كان هذا الطلاق بائناً لان غرض الزوجة من دفع هذا العوض حل العصمة فلا يكون للزوج عليها سلطة وهذا لا يكون الا بالطلاق البائن لان الطلاق الرجعى لا يزيل سلطة الزوج على الزوجة اذ له ارجاعها اليه وان لم ترض مادامت فى العدة

الثالث ان يكون الطلاق غير مقرون بعدد الثلاث لا نصاً ولا اشارة فان قرن بعدد الثلاث نصاً وقع الطلاق بائناً بينونة كبرى فاذا قال لها أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث ومثله اذا قرنه بعدد الثلاث اشارة كما اذا قال لها أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع لانّ الاشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد عرفاً وشرعاً اذا اقترنت بالاسم المبهم قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وأشار بأصابعه العشر يعني ثلاثين يوما ثم قال « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وخنس ابهامه في الثالثة يعني تسعة وعشرين يوماً فلو أشار بالواحدة طلقت واحدة ولو أشار بالثنتين طلقت ثنتين والاشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة للسنة والعرف فلو قال نويت الاشارة بالمضمومتين صدق ديانة لا قضاء وكذا لو قال نويت الاشارة بالكف لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا بل قال أنت طالق وأشار بثلاث أصابع وقع طلقة واحدة لأن الاشارة تفسير للعدد المبهم ولم يوجد فتلغو الاشارة

الرابع أن يكون الطلاق غير منعوت سواء كان النعت حقيقياً أو سببياً فلو كان منعوتا فاما أن يدل النعت على البينونة أو لا يدل فان دل على البينونة كما اذا قال لها أنت طالق بائن أو البتة أو طالقة شديدة أو طويلة أو عريضة أو فاحشة أو خبيثة او أنت طالق طلقة شديدا حكمها أو خبيثاً حكمها وقع الطلاق بائناً

وان لم يدل النعت على البينونة كما اذا قال لها أنت طالق طلقة خفيفة

أو حسنة أو لطيفة أو طلقة خفيفا حكمها أو حسنا حكمها وقع الطلاق رجعيا

الخامس ان يكون الطلاق غير منعوت بافعل التفضيل فان وصف به فاما ان يدل على البينونة أولا فان دل عليها كما اذا قال انت طالق أسوأ الطلاق أو أشده أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه أو أعظمه وقع الطلاق بائنا

وانما وقع الطلاق بائنا لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح حالا بالنسبة للبائن ومؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعى وافعل التفضيل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة لانه أخشن مما يثبت به مؤجلا أعنى الرجعى فصار كقوله بائن

فان لم يدل افعل التفضيل على البينونة كما اذا قال لها انت طالق أحسن الطلاق أو أعذبه أو أخفه أو أفضله أو أجمله أو أعدله وقع الطلاق رجعياً

السادس ان يكون الطلاق غير مشبه بشيء فان شبه وكان الشيء المشبه به يدل على العظم كما اذا قال لها انت طالق كالجبل أو مثل الجبل وقع الطلاق بائنا لان التشبيه به يوجب زيادة لامحالة وذلك باثبات زيادة الوصف وقال أبو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به فى توحده فان كان المشبه به لايدل على العظم كالسمسمة مثلا وقع الطلاق رجعياً وقد حصل اختلاف فى مسألة تشبيه الطلاق فقال أبو حنيفة انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا أى شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لان التشبيه يقتضى زيادة وصف وعند أبي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والا فهو رجعى أى شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون فى التوحيد على التجريد

أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وبعضهم يقول محمد مع أبي حنيفة وبعضهم يقول مع أبي يوسف وثمرة الخلاف تظهر في قوله أنت طالق مثل سمسمة اوعظم سمسمة أو كالجبل او عظم الجبل ففي الاول تقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وزفر رجعية وفي الثاني تقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند زفر رجعية وفي الثالث بائنة عند أبي حنيفة وزفر رجعية عند أبي يوسف وفي الرابع بائنة اتفاقا

وفي كل الاحوال التي يقع فيها الطلاق بائناً ولم يكن مصرحا بالثلاث لا نصاً ولا اشارة يكون واحدة وان لم ينو عدداً أو نوى ثنتين فان نوى ثلاثا فكما نوى لان الواقع بائن والبينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فتصح نية الغليظة فان قيل ينبغي أن يقع بقوله أنت طالق أفحش الطلاق او أشده ثلاث تطليقات من غير نية لان هذه الصفة للتفضيل وبقوله شديدة او فاحشة تقع واحدة بائنة فوجب أن يزيد على ذلك قلنا هذه الصفة مشتركة بين التفضيل وبين مطلق الزيادة ومطلق الاثبات قال الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن) وليس هناك من له حق غيره فتحمل الالفاظ على المتيقن الا اذا كان له نية فيعمل بها لانه نوى ما يحتمله كلامه .

والمستوفي لكل الشروط المتقدمة قول الرجل لزوجته أنت طالق أو مطلقة او طلقتك فمن قال لامرأته المدخول بها حقيقة لفظاً منها فقد اوقع عليها طلقة واحدة رجعية وان لم ينو الطلاق لان كلا من هذه الالفاظ صريح في الطلاق وهو لا يحتاج الى النية . والطلقة الواحدة المستوفية

لما ذكر لا تغير بنية الزوج فاذا نوى بائنة أو أكثر من واحدة لغت نيته ولا يقع الا طلقة واحدة رجعية لانه اذا نوى الابانة فقد قصد تنجيز ما علقه الشارع بانقضاء المدة لانه قصد تقديم ما أخره الشارع الى وقته فيرد عليه قصده

واذا نوى أكثر من واحدة فقد نوى ما لا يحتمله كلامه فتلغو نيته وبيان ذلك أن قوله أنت طالق خبر واقتضاؤه أن يكون صادقا ان كان مطابقا او كاذبا ان لم يكن مطابقا وأما الوقوع من جهة الزوج فلا يقتضيه اللفظ لغة وانما ثبت بالشرع اقتضاء كيلا يكون كاذبا والمقتضى لا عموم له لان ثبوته للضرورة وقد اندفعت بواحدة فلا لزوم الى أزيد منها

ولا يرد على هذا ما اذا نوى بالبائن البينونة الكبرى فانه تصح نيته لان البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فكان اللفظ صالحا لهما فتعمل نيته ويدل على ذلك أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يسأل ابن سيدنا عمر هل أراد ثلاثا او لا حين طلق امرأته فى حال الحيض ولو كان من محتملات اللفظ لسأله كما سأل ركانة حين أبان امرأته فاجابه بانه لم يرد به الا واحدة

وقال الامام الشافعى وزفر يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم فى اللغة فصار كالتصريح به ولهذا يصح تفسيره به فيقال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا فصار كالبائن بل أولى لانه صريح والبائن كناية عنه ولهذا لو قال لاجنبي طلقها اوقال لامرأته طلقي نفسك ونوى الثلاث فى الحالتين صحت نيته

وقول الشافعي وزفر هو الظاهر — انظر مادة (٢٢٧)

فقد علم من ذلك ان الزوج متى أوقع الطلاق بصيغة اسم الفاعل مثل انت طالق أو بصيغة اسم المفعول مثل انت مطلقة أو بصيغة الفعل الماضي مثل طلقتك فلا يقع عليه الا طلقة واحدة رجعية ولو نوى الابانة أو أكثر من واحدة

أما اذا أوقعه بصيغة المصدر كما اذا قال علىّ الطلاق أو الطلاق يلزمني فانه تقع واحدة رجعية وان لم ينو شيأ أو نوى الابانة أو اثنتين ولكن لو نوى ثلاثا صحت نيته ووقع الثلاث

والفرق بين المصدر وغيره ان المصدر جنس فيحتمل الادنى ويحتمل الكل فاذا نواه فقد نوى محتمل كلامه فتصح نية الثلاث ولا تصح نية الثنتين لانها عدد محض ولفظ الجنس لا يدل عليه فتلغو نيته ونية الثلاث انما صحت لكونها جميع الجنس ولذا لو كانت الزوجة رقيقة تصح نية الثنتين في المصدر لانهما جميع الجنس في حقها كالثلاث في حق الحرة

ويأتي خلاف الشافعي وزفر هنا ايضاً ولذلك يقولان بصحة نية الثنتين هنا أيضاً لانها بعض الثلاث فاذا صحت نية الكل فنية البعض من باب أولى وهو الظاهر — انظر مادة (٢٢٨)

(مادة ٢٢٧) يقع الطلاق رجعياً بصريح لفظ الطلاق اذا أضيف اللفظ ولو معنى الى المرأة المدخول بها حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصاً ولا اشارة ولا منعوتاً بنعت حقيقي ولا بأفعل التفضيل ولا مشبهاً بصفة تدل على البينونة . فمن قال لامرأته المدخول بها حقيقة أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك فقد أوقع عليها طلقة واحدة رجعية سواء نواها رجعية أو بائنة أو نوى أكثر من ذلك أو لم ينو شيئاً

(مادة ٢٢٨) صيغتا على الطلاق والطلاق يلزمني يقع بكل منهما واحدة رجعية ولو نوى ثنتين وان نوى باللفظ ثلاثاً وقعن

وقد تقدم لك في شرح مادة (٢٢٥) ان صيغ الطلاق تنقسم الى قسمين صريح وكناية وان الصريح لا يحتاج الى النية بخلاف الكناية فانه لا يقع بها الطلاق الا بنية أو دلالة الحال لانها ليست موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح لاحد الامرين

وألفاظ الكناية بالنسبة للطلاق كثيرة ولكنها ليست متحدة في صفة الطلاق الواقع بها فبعضها متى وقع به الطلاق يكون رجعيا والبعض الآخر يكون بائنا فالاول ثلاثة ألفاظ وهي اعتدى واستبرئي رحمك وأنت واحدة فكل من هذه الالفاظ الثلاثة كناية لانه يحتمل الطلاق وغيره اذ اعتدى أمر بالحساب فيحتمل ان يراد بها اعتداد نعم الله تعالى أو ما أنعم الله به عليها أو الاعتداد من النكاح فاذا نواه زال الابهام فيقع الطلاق واستبرئي رحمك يحتمل الاستبراء ليطلقها أو بعد ما طلقها فلا يقع الطلاق بدون النية أو القرينة وانت واحدة يحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف أى أنت طالق طلقة واحدة ويحتمل ان يكون نعتا للمرأة أى انت واحدة عند قومك أو عندي أو لعدم نظيرها في شيء من الاشياء فاذا زال الابهام بالنية أو دلالة الحال وقع الطلاق ولا يقع بهذه الالفاظ الثلاثة الا طلقة واحدة رجعية ولو نوى الابانة أو أكثر من واحدة وزفر يقول يقع ما نوى وهو الظاهر كما عرفته مما تقدم

فان صدر من الزوج لفظ من هذه الالفاظ ولم يكن في حالة الغضب ولم تسأله زوجته الطلاق فلا يقع الا بالنية وان خاطبها به في حالة الغضب أو جوابا عن طلبها الطلاق منه يقع بلا نية

وهذا الحكم ليس عاما لجميع ألفاظ الكناية وبيانه ان الاحوال

ثلاثة الاولى حالة مطلقة وهى حالة الرضا الثانية حالة مذاكرة الطلاق الثالثة حالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام قسم يصلح جوابا ولا يصلح رداً ولا شتما كاعتدى وأمرك بيدك واختاري وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح رداً كخلية وبرية وقسم يصلح جوابا ورداً ولا يصلح سباً وشتما كاخرجى واذهبي ففى حالة الرضا لا يقع الطلاق بشىء منها الا بالنية والقول قوله مع يمينه فى عدم النية وفى حال مذاكرة الطلاق يقع فى القضاء بكل لفظ لا يصلح للرد وهو القسم الاول والثانى ولا يصدق قوله فى عدم النية لان الظاهر أنه أراد به الجواب وفى حالة الغضب لا يقع بكل لفظ يصلح للسب والرد وهو القسم الثانى والثالث لانه يحتمل الرد والشتم ولا تنافيه حالة الغضب ويقع بكل لفظ لا يصلح لهما بل يصلح للجواب وهو القسم الاول لظاهر حاله وهذا الجدول يبين لك الحالات والاقسام بكل سهولة

	رد وجواب اخرجى . واذهبي وما فى معناهما	سب وجواب خلية . وبرية وما فى معناهما	جواب فقط اعتدى. استبرئى وما فى معناهما
حالة رضا	تلزم النية	تلزم النية	تلزم النية
حالة غضب	تلزم النية	تلزم النية	يقع بلا نية
حالة مذاكرة الطلاق	تلزم النية	يقع بلا نية	يقع بلا نية

واما ان صدر من الزوج غير الالفاظ الثلاثة المتقدمة ووقع الطلاق فلا يكون رجعياً بل بائنا ولو نوى الطلاق الثلاث وقع وقال الشافعى رحمه الله

تعالى الكنايات كلها رجعية لكونها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط فيها نيته والرجعة تعقبه فيكون رجعياً واستدلت الحنفية بانه اتى بالابانة بلفظ صالح لها كتخلية مثلا وهو من أهلها والمحل قابل لها والولاية ثابتة عليها فوجب ان يعمل بها فيتعجل أثرها (تأمل واحكم) — انظر مادة (٢٢٩)

ومتى وقع الطلاق رجعياً سواء كان بصريح لفظ الطلاق او بكناية من كناياته وسواء كان واحدة او اثنتين بالنسبة للحرة لان الرقيقة متى وقع عليها طلقتان كان الطلاق بائناً بينونة كبرى كما تقدم لك ذلك مفصلا مع ما فيه من الخلاف فى شرح مادة ٢٢٤ ترتب عليه حكمه وهو أنه لا يزيل الملك ولا الحل بمعنى ان الزوج اذا اراد ردها اليه جاز له ذلك بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض لان الملك باق والحل موجود فلا يشترط لردها اليه تزوجها بغيره بخلاف الطلاق البائن بينونة صغرى فانه يزيل الملك لا الحل فلو أراد الزوج ردها الى عصمته فلابد من عقد ومهر جديدين ويشترط رضاها بذلك لزوال الملك ولكن لا يشترط تزوجها بغيره لان الحل باق وبخلاف الطلاق البائن بينونة كبرى فانه يزيل الملك والحل فاذا أراد الزوج ارجاعها اليه فلابد من العقد والمهر والرضا لزوال الملك ولا بد أيضا من

(مادة ٢٢٩) يقع الطلاق رجعياً بثلاثة الفاظ من الفاظ الكناية وهى اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة فمن قال لزوجته لفظاً منها وهو فى حالة الرضا توقف وقوع الطلاق على نيته فان نوى به الطلاق وقع واحدة رجعية ولو نوى غيرها او اكثر من واحدة وان لم ينو شيئاً فلا يقع شىء وان خاطبها به فى حالة الغضب أو جواباً عن طلبها الطلاق منه يقع عليها طلقة واحدة رجعية بلا نية

تزوجها بغيره حتى يحلها له لزوال الحل . ولكن محل كون الطلاق الرجعي لايزيل الملك مادامت المرأة في العدة فان انقضت عدتها بانت منه فيشترط مايشترط في البائن بينونة صغرى ويؤخذ من حكم الطلاق الرجعي انه لايؤثر على الزوجية بشيء بل لاتزال الزوجية قائمة مادامت المرأة في العدة وبناء على ذلك فالزوجة لاتخرج من البيت الساكنة هي فيه مع الزوج قبل الطلاق بل تبقى مقيمة به حتى تنقضي العدة لقوله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) نزلت في الطلاق الرجعي بدليل السياق وهو قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) ويدخل عليها بغير اذنها ولا يعلمها بدخوله ولكن محل ذلك اذا كان قصده مراجعتها فان لم يكن قاصدا الرجعة فالاحسن ان يعلمها لانه يخاف ان يقع بصره على موضع منها لو نظر اليه بشهوة يصير به مراجعا فيحتاج الى طلاقها فتطول عليها العدة. فتتضرر بذلك ومثل هذا في الحكم اتخاذ سترة بينهما . وتجب عليه نفقتها مادامت في العدة ويجوز له الاستمتاع والوقاع ويصير بذلك مراجعا لان الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل كما سيأتي في المادة التالية لهذه . واذا مات أحد الزوجين والمرأة في العدة ورثه الآخر مطلقا اي سواء كان الطلاق الرجعي في حال صحته او في حال مرضه وسواء كان بطلبها أو بغيره بخلاف الطلاق البائن فانه اذا مات أحد الزوجين والمرأة في العدة فلا يرثه الآخر الا اذا كان الطلاق في حال مرض الزوج وقامت قرينة على ان غرضه حرمانها من الارث كما ستعرفه في باب طلاق المريض .

فينتج مما ذكر ان الطلاق الرجعي لايؤثر على شيء من الحقوق

المترتبة على عقد الزواج مادامت المرأة فى العدة وكان قصد الزوج المراجعة وانما تأثيره فى عدد الطلاق فبعد ان كان الزوج يملك ثلاث طلقات صار لا يملك الا اثنتين ان كان الطلاق بواحدة وان كان باثنتين فلا يملك الا واحدة — انظر مادة (٢٣٠)

فقد علم ان من وقع عليه الطلاق الرجعى له ان يراجع زوجته بدون احتياج الى عقد ومهر جديدين ولا الى رضاها وهذا الحق ثابت له ولو قال وقت الطلاق لا رجعة لى لان هذا تغيير للمشروع فلا يعول عليه

ولكن يشترط فى ثبوت الرجعة ان تكون الزوجة مدخولا بها حقيقة فاذا لم تكن مدخولا بها أصلا وأوقع عليها طلاقا فلا تثبت الرجعة لان كل طلاق يقع على غير المدخول بها يكون بائنا ولان فائدة الرجعى انما تظهر فى العدة والمطلقة قبل الدخول بها لا عدة عليها فلا يكون الطلاق رجعيا فلا تثبت الرجعة

ومثل غير المدخول بها أصلا المدخول بها حكما فلا رجعة بعد طلاقها

(مادة ٢٣٠) الطلاق الرجعى بواحدة كان أو اثنتين للحرة لا يرفع أحكام النكاح ولا يزيل ملك الزوج قبل مضى العدة بل لا تزال الزوجية قائمة ما دامت المرأة فى العدة وانما تعتكف فى بيتها المضاف اليهما بالسكنى ويندب جعل سترة بينهما وبين زوجها ونفقتها عليه مدة العدة ولا يحرم دخوله عليها ولو من غير اذنها ويجوز له الاستمتاع والوقاع ويصير بذلك مراجعا . واذا مات أحدهما قبل انقضاء العدة ورثه الآخر سواء طلقها زوجها فى حال صحته أو فى مرضه برضاها أو بدونه

ولو كانت فى العدة فاذا تزوج رجل امرأة واختلى بها خلوة صحيحة وطلقها لزمتها العدة ولا يملك زوجها الرجعة ولو كان الطلاق الذى أوقعه يقع به الرجعى فى المدخول بها حقيقة وانما انفرد الزوج بالرجعة فى العدة لا بعدها لقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن) أى لهم حق الرجعة فهذه الآية تدل على مشروعية الرجعة وعدم اشتراط رضاها بها واشترطت العدة لانه بعد انقضائها لا يسمى بعلا فليس له حق بل هو والاجنبي سواء — انظر مادة (٢٣١)

ولا يشترط ان تكون الرجعة بالقول بل كما تصح به تصح بالفعل أيضاً فالقول كان يقول الزوج راجعتك أو ارتجعتك أو رددتك اذا كانت المرأة مخاطبة أو راجعت زوجتى الى عصمتى ان كانت غير مخاطبة والفعل يكون بما يوجب حرمة المصاهرة وهو الوقاع واللمس بشهوة والنظر كذلك الى محل مخصوص ولو كان ذلك اختلاساً منه وأما اذا كان منها فالظاهر انه لا يكون رجعة الا اذا ترتب على لمسها له بشهوة أو نظرها الى عضو مخصوص منه اشتهاؤه لان الرجعة له لا لها

وقال الشافعى لا تصح الرجعة الا بالقول عند القدرة عليه بان لا يكون

(مادة ٢٣١) كل من طلق زوجته المدخول بها حقيقة تطليقة واحدة رجعية أو تطليقتين كذلك لو حرة فله أن يراجعها ولو قال لا رجعة لى بدون حاجة الى تجديد العقد الاول ولا الى اشتراط مهر جديد ما دامت في العدة سواء علمت بالرجعة أو لم تعلم وسواء رضيت بها أو أبت . ولا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة ولا رجعة فى عدة المطلقة بعد الخلوة ولو كانت الخلوة صحيحة

أخرس أو معتقل اللسان فلا يجوز له وقاعها ولا لمسها بشهوة حتى يراجعها قولا واستدل بزوال الزوجية لوجود القاطع لان الطلاق عبارة عن رفع القيد وبقاء الزوجية يدل على بقاء القيد وبينهما منافاة فانعدمت الزوجية ضرورة ولهذا تحتسب الاقراء من العدة ومع بقاء النكاح لاتحتسب

واستدلت الحنفية بقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن) سماه بعلا وهو الزوج وجعله أحق بردها فدل على بقاء النكاح لانه لايقدر أحد على تملك الاجنبية بغير رضاها والرد لايدل على الزوال وانما هو عبارة عن ردها الى حالتها الاولى لانها كانت بحيث لاتبين بثلاث حيض فبالطلاق حصل لها ذلك ثم ترد بالرجعة الى حالتها الاولى — انظر مادة (٢٣٢)

والرجعة لاتصح الا اذا كانت منجزة كقول الزوج راجعت زوجتي ان لم تكن مخاطبة أو راجعتك ان كانت مخاطبة فلو أضافها الى زمن مستقبل بان قال راجعت زوجتي بعد عشرة أيام مثلا أو علقها بشرط بان قال ان حصل كذا فقد راجعتك فلا تصح الرجعة ولكن اذا كان مدلول فعل الشرط محققا أي موجودا وقت التكلم صحت فاذا قال الزوج ان كنت فعلت ماأمرتك به فقد راجعتك وكانت قد فعلته صحت الرجعة وليس هذا خاصا بالرجعة بل كل شيء نصوا على انه لايصح تعليقه بالشرط كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والقسمة والصلح متى كان مدلول فعل الشرط

(مادة ٢٣٢) تصح الرجعة قولا براجعتك ونحوه خطابا للمرأة أو راجعت زوجتي ان كانت غير مخاطبة وفعلا بالوقاع ودواعيه التي توجب حرمة المصاهرة ولو اختلاسا منه أومنها *

محققاً صح لان التعليق فى هذه الحالة يكون ظاهرياً فقط وفى الحقيقة هو منجز وقد تقدم هذا المبحث فى شرح مادة (١٢) — انظر مادة (٢٣٣)

ولا يشترط لصحة الرجعة علم المرأة بها فلو راجعها قولا ولم يعلمها صحت ولكن الاحسن اعلامها لما يترتب على عدم الاعلام من النزاع فى المستقبل لانها اذا لم تعلم بها وانقضت المدة وقال الزوج كنت راجعتك فيها فربما تنكر لعدم علمها فيحصل النزاع

وكما انه لايشترط لصحة الرجعة اعلام المرأة كذلك لايشترط الاشهاد عليها لصحتها بل هى صحيحة وان لم يشهد سواء حصلت الرجعة قولا أو فعلا ولكن الاحسن ان يشهد عليها شاهدين عدلين ليتأتى له اثباتها عند انكار الزوجة وليتباعد عن الوقوف فى مواضع التهم لان الناس عرفوه مطلقها فيتهمونه بالقعود معها

وليس هذا خاصاً بالرجعة بل هو عام فى العقود وغيرها الا عقد الزواج فانه يشترط الاشهاد عليه لصحته كما عرفته في مبحث شروط صحة الزواج — انظر مادة (٢٣٤)

والرجعة لاتصح الا اذا كانت الزوجة فى المدة فان انقضت المدة

(مادة ٢٣٣) يلزم أن تكون الرجعة منجزة فى الحال فلا يصح اضافتها الى وقت مستقبل ولا تعليقها بشرط

(مادة ٢٣٤) الرجعة صحيحة بلا شهود وبلا علم المرأة الا أنه يندب للمراجع ان يعلم المرأة بها اذا راجعها قولا وان يشهد شاهدين عدلين عليها ولو بعد حصولها فعلا

فلا رجعة وتملك المرأة عصمتها فاذا أراد ردها اليه حينئذ فلا بد من عقد ومهر جديدين و يشترط رضاها ـ والعدة اما ان تكون بالاشهر ان لم تكن المرأة من ذوات الحيض أو بالحيض ان كانت الزوجة ممن تحيض فان كانت بالاشهر فبمجرد انقضاء آخر لحظة من الشهر الثالث انقضت العدة وان كانت بالحيض فاما ان يكون انقطاع الدم من الحيضة الثالثة لاكثر الحيض وهو عشرة أيام أو يكون انقطاعه لاقل منها فان كان الاول انقضت العدة بمجرد انقطاعه سواء اغتسلت أولم تغتسل وان كان الثانى وهو ما اذا انقطع لاقل من عشرة أيام فلا يحكم بطهارتها ولا تنقضى عدتها الا بواحد من أمور ثلاثة الاول ان تغتسل الثانى ان تتيمم وتصلى الثالث ان تتقرر فى ذمتها صلاة وكل من الاول والثانى لا يحتاج الى بيان وأما الثالث فمعناه ان المرأة اذا حاضت سقط عنها الصوم والصلاة فلا يجبان عليها ولا يصحان منها فاذا طهرت من الحيض لزمها ان تقضى الصوم لا الصلاة لان فى تكليفها بقضاء الصلاة حرجاً لتكرارها فى اليوم خمس مرات فيدفع الحرج بخلاف الصوم فانه شهر فى كل سنة فليس فى تكليفها بقضائه حرج ولكنها تقضى الفرض الذى طهرت فى وقته اذا انقطع الدم عنها والباقى من وقت الفرض يسع الاغتسال وتكبيرة الاحرام فلو كان الوقت الباقى لا يسع ذلك فلا يجب عليها فاذا فرضنا ان الدم انقطع عنها اثناء وقت الظهر والباقى منه أى قبل دخول وقت العصر يسع اغتسالها وتكبيرة الاحرام وجبت عليها صلاة الظهر فان أدتها فى هذا الوقت فبها وان لم تؤدها حتى دخل وقت العصر تقررت صلاة الظهر فى ذمتها فيجب عليها قضاؤها فان كان الوقت الباقى من وقت الظهر بعد انقطاع

الدم لا يسع ما ذكر فلا تلزمها صلاة الظهر فاذا دخل وقت العصر فلا يلزمها قضاؤها لانها لم تتقرر فى ذمتها فلا تنقضى عدتها فى هذه الحالة الا اذا خرج وقت العصر لتقرر صلاة العصر فى ذمتها ان لم تؤدها فى وقته وانما انقطعت الرجعة بمجرد انقطاع الدم لاكثر الحيض ولم تنقطع اذا ارتفع الدم لاقل من الاكثر الا بواحد من الثلاثة المتقدمة لان الحيض لامزيد له على العشرة فبانتهائها يحكم بطهارتها وانقضاء العدة اغتسلت أو لم تغتسل أما اذا انقطع لاقل من العشرة فيمكن ان يعود ويكون دم حيض فلا بد من تأكيد الانقطاع بشيء من أحكام الطاهرات .

وقال محمد لا تشترط الصلاة بالفعل فى التيمم لانقطاع الرجعة بل تنقطع بالتيمم وان لم تصل وهذا هو القياس لان التيمم عند عدم الماء ينزل منزلة الاغتسال بدليل جواز الصلاة وجواز دخول المسجد وغيره ولا فرق بين الحكم بجواز صلاة أديت وبين الحكم بجواز الاقدام على أدائها اذ كل واحد منها تشترط له الطهارة فاذا كان كالاغتسال فى حق تلك الاحكام فكذا فى حق هذا الحكم بل أولى لان انقطاع الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط — واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف بان طهارة التيمم ضرورة لكونه تلويثاً حقيقة وهو لا يرفع الحدث بيقين ولذا لو وجد الماء كان محدثاً بالحدث السابق وانما جعل طهارة ضرورة للحاجة الى اداء الصلاة كيلا تتضاعف الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها وهو اداء الصلاة وتوابعها من دخول المسجد وقراءة القرآن فهو في حق الرجعة عدم الا اذا حكمنا بجواز الصلاة بالاداء فيلزمه الحكم بطهارتها ضرورة صحة الصلاة لانها لا تصح الا من الطاهرات فيلزمه

انقطاع الرجعة ضرورة حكمنا بالطهارة — انظر مادة (٢٣٥)

فقد علمت ان من طلق زوجته طلاقا رجعياً فله ان يراجعها مادامت العدة فان انقضت فليس له مراجعتها الا بعقد ومهر جديدين فان أراد الزوج مراجعتها مدعياً ان العدة باقية ووافقته على ذلك فيها وان خالفته وادعت ان العدة انقضت وانه لا يملك الرجعة فاما ان تكون العدة بالاشهر أو بالحيض فان كان الاول فالامر سهل اذ ينظر الى تاريخ الطلاق والوقت الذى حصل فيه النزاع فان كان ثلاثة أشهر أو أكثر كان القول قولها بيقين وان كان أقل فالقول قوله . وان كان الثانى فالقول لها لان هذا لا يعلم الا من جهتها وكل شىء لا يعلم الا من جهة شخص يكون القول فيه قوله ولكن لما كان للزوج حق فى المراجعة ان كانت العدة باقية فلا تصدق اذا أنكرت بقاءها بمجرد القول بل لا بد من تحليفها اليمين على ان عدتها من هذا الطلاق قد انقضت فاذا حلفت انقطعت الرجعة ولكن تصديق المرأة بيمينها فى انقضاء العدة لا يكون فى كل حال من الاحوال بل لا بد ان يكون الزمن الذى مضى من تاريخ الطلاق الى الوقت الذى تدعى فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك وأقل زمن يحتمل انقضاء العدة بالنسبة للحرة ستون يوماً وبيانه انها تحتاج الى ثلاث حيض كل حيضة عشرة أيام والى طهرين كل طهر خمسة عشر يوما لانه أقل زمن يفصل بين الحيضتين فالمجموع ستون يوماً وبالنسبة للرقيقة خمسة وثلاثون يوماً لاحتياجها الى حيضتين وطهر وهذا قول الامام الاعظم . وقال الصاحبان

(مادة ٢٣٥) تنقطع الرجعة وتملك المرأة عصمتها اذا طهرت من الحيضة الاخيرة لتمام عشرة أيام وان لم تغتسل

أقل زمن للحرة تسعة وثلاثون يوماً لان أقل الحيض ثلاثة أيام وهى تحتاج الى ثلاث حيض بتسعة أيام وطهرين بثلاثين يوماً وللرقيقة واحد وعشرون يوماً لاحتياجها الى حيضتين وطهر ولكن الامام أخذ بالاحتياط ـ انظر مادة (٢٣٦)

وقد عرفت فى شرح مادة (٢٢٦) ان الطلاق ينقسم انقساماً اولياً الى قسمين الاول رجعى والثانى بائن والثانى ينقسم الى قسمين بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى

فاذا كان الطلاق رجعياً وحصلت الرجعة من الزوج فهذه الرجعة لا تزيل الطلقات السابقة عليها ويستوى فى هذا الحكم الطلاق الذى حصلت الرجعة لاجله وغيره ويبنى على ذلك ان الزوج اذا راجع زوجته بعد ما أوقع عليها طلقة أو راجعها بعدما أوقع عليها طلقتين ثم أوقع عليها بعد الرجعة طلقتين فى الصورة الاولى وطلقة فى الصورة الثانية زال الملك والحل لان الطلاق صار بائناً بينونة كبرى فلا يجوز له ردها الا بعد أن تتزوج بغيره ويدخل بها دخولاً حقيقياً وتقع الفرقة بينهما وتنقضى عدتها وهذا بالاتفاق

واذا كان الطلاق بائناً بينونة كبرى وعادت الى الزوج الاول بعد ما تزوجها غيره ملك عليها ثلاث طلقات اتفاقا لانها عادت اليه بحل جديد واذا كان الطلاق بائناً بينونة صغرى وعادت الى الزوج الاول قبل أن تتزوج بغيره عادت اليه بما بقى له من الملك الاول اتفاقا وان كان بعد تزوجها بغيره ففيه

(مادة ٢٣٦) اذا وقع نزاع بين الزوجين فادعت المعتدة انقضاء عدتها بالحيض وادعى الزوج عدم انقضائها وان له حق الرجعة تصدق المرأة بيمينها وتخرج من العدة ان كانت المدة تحتمله وأقل مدة عدة بحيض ستون يوما للحرة

خلاف وستأتى هذه المسئلة فى مادة (٢٤٩) — انظر مادة (٢٣٧)

فالذى علم ان الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولا الحل ويبنى على ذلك ان المؤجل من المهر الى الفراق لا يتعجل بمجرد الطلاق الرجعى لان الملك باق مادامت المدة فاذا انقضت العدة زال الملك فيحل المؤجل وهذا مخالف للطلاق البائن بنوعيه فان المؤجل يتعجل بمجرد الطلاق بلا توقف على انقضاء المدة لان الملك قد زال فى البائن بينونة صغرى والملك والحل قد زالا فى البائن بينونة كبرى

ولكن محل تعجيل المؤجل فى الطلاق الرجعى بانقضاء المدة وفى غيره بمجرد الطلاق اذا لم يكن المهر مقسطاً على أقساط معلومة يدفع فى نهاية كل شهر أو سنة مثلا قسط معلوم فان كان كذلك فلا يتعجل بما ذكروا انما يتعجل بحلول الوقت المتفق عليه فاذا تزوج رجل امرأة بمهر قدره مائة وعشرون جنيهاً مثلا واتفقوا على أن يكون النصف معجلا والنصف مؤجلا لا يحل الا بالفراق وطلقها طلاقا رجعياً فلا تستحق النصف المؤجل الا بعد انقضاء المدة فان كان الطلاق بائناً بنوعيه حل هذا المبلغ بمجرد الطلاق فان اشترط الزوجان فى العقد المذكور أن الستين الباقية يدفع منها كل سنة عشرون جنيهاً وحصلت الفرقة بينهما بعد تاريخ العقد بسنة ولو كانت بالطلاق البائن بينونة كبرى لم يحل المبلغ الباقى الا عند حلول الزمن المتفق عليه — انظر مادة (٢٣٨).

(مادة ٢٣٧) الرجعة لا تهدم الطلقات السابقة بل اذا راجع الزوج امرأته بعد طلقتين ثم أوقع عليها الثالثة زال ملكه وحلها له الى أن تتزوج غيره بنكاح صحيح ويفارقها بعد الوطء فى القبل بطلاق أو موت

(مادة ٢٣٨) يتعجل المؤجل من المهر بانقضاء العدة فى الطلاق الرجعى فمن

﴿القسم الثاني في الطلاق البائن ونوعيه وأحكام كل منهما﴾

قد عرفت ان الطلاق ينقسم الى قسمين رجعي وبائن والبائن الى نوعين بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى وقد تقدم القسم الاول بجميع ما يتعلق به والكلام الآن انما هو في القسم الثاني بنوعيه فيقع الطلاق بائنا في الاحوال الآتية

اذا كان لفظ الطلاق مقرونا بعدد الثلاث سواء كان هذا الاقتران نصاً كانت طالق ثلاثاً او اشارة بالاصابع مع ذكر لفظ الطلاق كانت طالق هكذا مشيراً بثلاث أصابع . والطلاق الواقع عند هذا الاقتران بائن بينونة كبرى لانه ثلاث فلو كانت الاشارة باصبعين فلا يقع الاثنتان ولو باصبع فواحدة

ويقع الطلاق بائناً بينونة كبرى أيضاً اذا قال لها انت طالق أكثر الطلاق أو انت طالق مراراً أو ألف مرة لان أكثره ثلاث فيقع ومراراً جمع وأقل الجمع ثلاثة فيقع الثلاث وانما لم يقع في ألف مرة الا ثلاث طلقات لانها هي المملوكة له اذ ليس له ان يوقع أكثر من الثلاث وحينئذ يكون أتى بما يملك وما لا يملك فالذي يملكه يقع والذي لا يملكه يلغو

ويقع الطلاق بائنا أيضاً اذا كان منعوتا بنعت حقيق أو سببي يدل كل

طلق زوجته رجعياً وانقضت عدتها صار ما كان مؤجلا في ذمته من المهر حالا فتطالبه به . وانما يحل المؤجل اذا لم يكن منجما فان كان كذلك فلا يتعجل بل تأخذه على نجومه واقساطه في مواعيدها

منهما على الشدة سواء كان النعت أفعل التفضيل أو غيره فاذا قال الرجل لزوجته انت طالق طلقة شديدة أو طويلة أو عريضة أو طلقة شديداً حكمها أو انت طالق أشد الطلاق أو أخبث الطلاق وقع الطلاق بائنا بينونة صغرى

ويقع الطلاق بائنا أيضاً اذا كان مشبهاً بما يدل على البينونة كانت طالق تطليقة كالجبل كما انه يقع البائن بقوله أنت طالق بائن أو البتة

والبائن فى هذه الاحوال يكون بائنا بينونة صغرى ان نوى واحدة أو اثنتين أو لم ينو شيأ وان نوى ثلاثا فثلاث لان الواقع بائن والبينونة متنوعة الى خفيفة وغليظة فتصح نية التغليظ ولا تكتف بما كتب هنا على هذه المادة بل ارجع الى شرح مادة (٢٢٧) تجد الكفاية — انظر مادة(٢٣٩)

ويقع الطلاق بائنا أيضاً اذا كانت الزوجة غير مدخول بها دخولا حقيقيا ولو كان الطلاق عاريا عن الاوصاف التى تقدمت فى شرح المادة السابقة فكل طلاق يلحق الزوجة غير المدخول بها يكون بائنا و ينبنى على هذا انه لو قال الزوج لزوجته غير المدخول بها أصلاً أنت طالق أو أنت مطلقة أو

(مادة ٢٣٩) يقع الطلاق بائنا بصريح لفظ الطلاق اذا أضيف اللفظ الى المرأة المدخول بها مقروناً بعدد الثلاث نصاً أو اشارة بالاصابع مع ذكر لفظ الطلاق أو منعوتاً بنعت حقيقى أو مضافا الى افعل تفضيل ينبئان عن الشدة والزيادة او مشبها بما يدل على البينونة فمن قال لامرأته أنت طالق تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة أو أشد الطلاق أو أطوله أو أعرضه أو تطليقة كالجبل تقع عليها واحدة بائنة وان قال لها أنت طالق بائن أو البتة بانت بواحدة سواء نوى أو لم ينو وان نوى بذلك الثلاث وقعن وان قال لها انت طالق ثلاثاً أو أشار اليها بثلاثة أصابع منشورة قائلا أنت طالق هكذا بانت بينونة كبرى . وكذلك ان قال لها أنت طالق اكثر الطلاق أو أنت طالق مراراً أو الف مرة

طلقتك وقعت عليها طلقة بائنة لا رجعية وكذا لو قال لزوجته المختلى بها خلوة صحيحة بلا وطء لفظاً من الفاظ الطلاق المتقدمة كان الطلاق بائناً أيضاً وان لزمتها العدة لان الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطء فى الرجعة كما عرفته فى مادة —٨٣— وانما كان الطلاق الواقع على غير المدخول بها بائناً مطلقاً لان فائدة الطلاق الرجعى انما تظهر فى العدة وهى ان الزوج له مراجعتها ما دامت فيها فاذا انقضت بانت منه وحيث ان المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا فائدة فى جعل الطلاق رجعياً وينبنى على عدم العدة بالنسبة لغير المدخول بها ان الزوج اذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة فلا يقع الا الاولى لانه حيث لا عدة عليها فبمجرد قوله لها أنت طالق واحدة بانت منه لا إلى عدة فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة لأن الطلاق لم يصادف محله اذ هى فى هذه الحالة أجنبية منه لانها ليست بزوجة ولا معتدة فلا تكون محلا للطلاق فلا يقع ولما كان هذا لا يأتى عند ما يقول لها أنت طالق ثلاثاً أى بكلمة واحدة لأنه ليس معنا سابق ولا لاحق حتى نوقع السابق ونلغى اللاحق وقع الثلاث

وأما المدخول بها فيقع عليها الثلاث فى الحالتين أى سواء كان الثلاث بكلمة واحدة أو متفرقات لوجود العدة فتصادفها الثانية والثالثة وهى محل للطلاق فيقع حتى اذا طلق الزوج امرأته المدخول بها طلقة وانقضت عدتها فاوقع عليها ثانية فلا تقع لأنها غير محل له وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه فى شرح مادة (٢٢٤) — انظر مادة (٢٤٠)

(مادة ٢٤٠) كل طلاق يلحق المرأة غير المدخول بها فهو بائن فمن قال لزوجته =

ويكون الطلاق بائناً أيضاً اذا انقضت العدة فى الطلاق الرجعى لان فائدة الطلاق الرجعى انما تظهر فى المدة لا بعدها وينبنى على ذلك ان الزوج اذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً سواء كان بواحدة أو اثنتين لو كانت حرة فما دامت فى العدة فله أن يراجعها بدون عقد ومهر جديدين ولا يشترط رضاها فان انقضت العدة بانت منه بينونة صغرى ملكت بها عصمتها فاذا أراد ردها اليه فلا بد من عقد ومهر جديدين ولا بد من رضاها — أنظر مادة (٢٤١)

ويقع الطلاق بائناً أيضاً متى اشترط الزوج فى الطلاق عوضاً تدفعه اليه المرأة ولكن يشترط قبولها فاذا قال الزوج لزوجته أنت طالق فى نظير عشرين جنيهاً فقبلت المرأة ذلك فى المجلس وقع الطلاق بائناً ولزمها دفع هذا المبلغ الى الزوج وانما كان هذا الطلاق بائناً لان غرض الزوجة من دفع هذا العوض حل العصمة فلا يكون للزوج عليها سلطة وهذا لا يكون الا بالطلاق البائن لأن الطلاق الرجعى لا يزيل سلطة الزوج اذ له ارجاعها اليه وان لم ترض — انظر مادة (٢٤٢)

ويقع الطلاق بائناً أيضاً اذا قال الرجل كل حل علىّ حرام فان كانت له

غير المدخول بها حقيقة أو حكماً أنت طالق بانت بواحدة ولا عدة عليها وكذا لو اختلى بها بلا وطء ولكن عليها العدة فان طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة وقعن وان فرق الثلاث بانت بالاولى فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة

(مادة ٢٤١) من طلق زوجته طلاقاً رجعياً بواحدة او اثنتين لو حرة ولم يراجعها حتى انقضت عدتها بانت بينونة صغرى ملكت بها نفسها فلا يملك الرجعة عليها

(مادة ٢٤٢) من طلق امرأته طلاقاً واحداً مقروناً بعوض وقبلت فى مجلسها بانت بواحدة

زوجة واحدة وقع عليها طلقة وان كان له أكثر من زوجة وقع على كل طلقة اتفاقا فان قال حلال الله او حلال المسلمين على حرام وكانت له زوجة واحدة وقع عليها الطلاق بلا خلاف وان كان له أكثر من زوجة فقال بعضهم يقع على واحدة غير متعينة واليه بيانها والبعض الآخر يقول يقع على كل طلقة فهو مثل كل حل على حرام وهذا هو الذي اعتمدوه لانه هو الظاهر ويقع الطلاق على الصورة المتقدمة وان لم ينوه او نوى واحدة أو اثنتين فان نوى ثلاثا فثلاث ولا تنس ما تقدم من أن بعضهم يوقع ما نواه ولو كان اثنين وهو الظاهر وانما وقع الطلاق بهذه الالفاظ بغير نية وان لم تكن صريحة فيه لانها صارت ملحقة بالصريح لانها لا تستعمل عرفا الا فيه وان كانت فى ذاتها عامة اذ هى شاملة لكل شيء حتى الاكل والشرب والنوم والتنفس ولكن العرف خصصها بالطلاق . ويقع الطلاق البائن أيضاً اذا قال امرأتى على حرام فان كانت له امرأة واحدة وقعت عليها طلقة وان كان له أكثر فالواقع طلقة أيضاً على واحدة منهن غير معينة ويصرفه لمن شاء لان لفظ امرأتى عمومه بدلى فيصدق على واحدة منهن لا بعينها بخلاف قوله كل حل على حرام فان عمومه استغراقى يعم الكل دفعة واحدة فيقع على كل واحدة منهن طلقة اذا لم ينو ثلاثا ومثله فى الحكم قول الزوج امرأتى طالق فان كان له أكثر من واحدة فلا يقع الا على واحدة واليه البيان فيصرفه الى من شاء ولكن الطلاق الواقع فى قوله امرأتى طالق يكون رجعياً فاذا كان اللفظ الصادر من الزوج لا عموم فيه أصلا كما اذا قال مخاطباً زوجته أنت على حرام او حرمتك على نفسى أو انا محرم عليك أو قال هذه على حرام مشيراً لواحدة مخصوصة فمن غير شك لا تطلق الا المخاطبة

والمشار اليها فان كانت له زوجة غيرها فلا يقع عليها شيء — انظر مادة (٢٤٣)

ويكون الطلاق بائناً أيضاً اذا وقع بلفظ من الفاظ الكنايات ما عدا الالفاظ الثلاثة المتقدمة فى مادة (٢٢٩) فان الطلاق الواقع بها يكون رجعياً والكناية بالنسبة للطلاق كل لفظ احتمل الطلاق وغيره ولذا لا يقع الطلاق بها الا بأحد أمرين النية أو دلالة الحال لترجيح أحد الامرين وهى كثيرة فمنها خلية برية حبلك على غاربك الحق باهلك . وهبتك لاهلك لان الخلية من الخلو فيحتمل الخلو عن الخيرات وعن قيد النكاح والبرية من البراءة فيحتمل من حسن الثناء مثلا أو عن قيد النكاح وحبلك على غاربك ينبيء عن التخلية لانهم كانوا اذا أرسلوا النوق يضعون حبلها أى مقودها على غاربها ويخلون سبيلها فهو كالخلية والغارب ما بين العنق والسنام اى اذهبي حيث شئت والحق بأهلك لانى طلقتك أو سيرى بسيرة أهلك اولانى أذنت لك أن تلحق بهم ووهبتك لاهلك أى عفوت عنك لاجل أهلك او وهبتك لهم لانى طلقتك وقس على هذه الالفاظ ما كان بمعناها وحيث أنها ليست صريحة فى الطلاق بل تحتمله وغيره فلابد لوقوع الطلاق بها من أحد أمرين النية أو دلالة الحال لترجيح أحد الامرين . والطلاق الواقع بهذه الالفاظ وما فى معناها يكون بواحدة ان نوى واحدة أو اثنتين فان نوى ثلاث فثلاث ولا تنس من

(مادة ٢٤٣) من قال كل حل أو حلال الله أو حلال المسلمين على حرام طلقت جميع نسائه طلقة واحدة بائنة بلا نية وان نوى بذلك الثلاث وقعن فان قال الحرام يلزمنى أو حرمتك أو أنت معى فى الحرام بانت المخاطبة بذلك ولو لم ينو طلاقا وان كان له امرأة غيرها فلا يقع عليها شيء

يقول بوقوع مانواه الزوج مطلقاً واذا راجعت مادة (٢٢٩) تجد تقسيم الكنايات الى ثلاثة أقسام وتقسيم أقوال الزوج الى ثلاثة أيضا وتعرف مايحتاج منها الى النية ومالا — انظر مادة (٢٤٤)

ويقع الطلاق بائنا أيضا اذا مضت مدة الايلاء ولم يقرب الزوج زوجته والايلاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فاكثر ويشترط فى الزوج المولى ان يكون أهلا لايقاع الطلاق بأن يكون بالغاعاقلا فاذا قال الزوج لزوجته وهو أهل للطلاق والله لاأقربك أربعة أشهر كان موليا لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) فالزوج فى هذه المدة اما ان يقرب زوجته أو لا يقربها فان قربها فى المدة حنث فى يمينه وتلزمه كفارة اليمين ان حلف بالله كالمثال المتقدم ويقع عليه الطلاق ان حلف به كقوله ان قربتك فى مدة أربعة أشهر فزوجتى فلانة طالق — وان لم يقربها فى المدة بر فى يمينه ولكن بمجرد مضيها وقعت عليه طلقة بائنة والايلاء اما ان يكون مؤقتاً أو مؤبداً بان قال والله لاقربك أبداً فان قربها فى المدة بالنسبة للمؤقت أو قربها فى المؤبد حنث فى يمينه وسقط الايلاء لان الايمان تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا ايلاء بدون اليمين أما اذا بر فى يمينه ولم يقربها فان كان مؤقتاباربعة اشهر مثلا فبمجرد مضيها بانت منه وسقط الايلاء وان كان مؤبداً بانت منه اذا مضى اربعة اشهر من تاريخ اليمين ولم يسقط

(مادة ٢٤٤) جميع الفاظ الكنايات ان وقع بها الطلاق يكون بائناً بواحدة أو ثلاث على حسب نية الزوج ما عدا الالفاظ الثلاثة المذكورة في مادة ٢٢٩ فراجعها

الايلاء لانه مؤبد ولم يوجد الحنث ليرتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج بها لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان تزوجها عاد الايلاء فاذا مضت اربعة اشهر أخرى وقع طلاق بائن آخر لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج يثبت حقها فيتحقق الظلم وهكذا حتى يقع الثلاث فاذا لم يعقد عليها بعد ما طلقت بائناً بمضى الاربعة الاشهر الاولى وانقضت عدتها قبل مضى غيرها فلا يقع طلاق عند انقضائها لانه صادفها وهي غير محل للطلاق اذ هي ليست بزوجة ولا معتدة

وقال الامام الشافعي رحمه الله تعالى الفيء انما يكون بعد المدة لا فيها ولا يقع عليها طلاق بمجرد انقضاء المدة بل لا يقع الا بتطليق الزوج أو تفريق القاضي — واستدل على الاول بقوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) لان الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وجواز التفريق ولان الله تعالى قال (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) فلو وقع بمضى المدة فلا يتصور العزم عليه بعد ذلك ولان التفريق بينهما لرفع الضرر عنها فيكون بتطليقها ان فعل والا فالقاضي يفرق بينهما كالتفريق بالجب او بالعنة ولان الطلاق لا يقع من غير تطليق احد فاشبه العنة حيث لا يقع الطلاق بمضى الاجل

واستدل أبو حنيفة بانه ظلمها بمنعها حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة والظاهر مذهب الامام الشافعي — انظر مادة (٢٤٠)

(مادة ٢٤٥) اذا آلى الزوج البالغ العاقل من امرأته وبر في ايلائه ولم يفيء =

ومتى وقع الطلاق بائناً بينونة صغرى سواء كان بواحدة او اثنتين ترتب عليه حكمه وهو انه يزيل الملك فينحل قيد النكاح وترتفع أحكامه ويزول ملك الزوج في الحال بلا انتظار الى انقضاء العدة كما في الطلاق الرجعي فالبينونة الصغرى لا تبقى للزوجية أثراً سوى العدة ولكن لا تزيل الحل ويترتب على ازالته الملك ان المرأة تستتر في محل من البيت الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق فلا يدخل عليها في ذلك المحل ولا ينظرها وان كان له أن يدخل محلا آخر في هذا البيت فاذا فرضنا أن البيت الذي كانا يسكنانه قبل الطلاق ضيقاً ليس فيه الا محل واحد أو كان به محال ولكن الرجل غير دين فيخرج هو من البيت وتبقى هي مقيمة به حتى تنقضي عدتها لان المطلوب شرعا بقاء المرأة في البيت الذي حصل الطلاق وهي ساكنة فيه حتى تنقضي عدتها كما ستعرفه في العدة ويترتب على ازالته الملك أيضاً انه اذا مات أحدهما في العدة فلا يرثه الآخر بخلاف الطلاق الرجعي فانه اذا طلق رجل زوجته طلاقا رجعياً ومات أحدهما وهي في العدة ورثه الآخر لانه لا يزيل الملك فالزوجية باقية فيجري التوارث بينهما ولكن عدم جريان الارث بين الزوجين اذا مات احدهما في عدة الطلاق البائن ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل

وبيانه أن الطلاق البائن اما أن يقع من الزوج في حال صحته اوفي حال مرضه مرض الموت فان كان الثاني فاما أن توجد قرينة تدل على أن غرضه حرمانها من الارث أولا توجد

اليها في مدة الاشهر الاربعة التي هي أقل مدة للحرة بانت بواحدة وسقط الايلاء ان كان مؤقتاً

فان كان الطلاق فى حال الصحة فلا يرث كل منهما صاحبه ولومات فى العدة ولو كان قصده حرمانها من الارث ومثل هذا فى الحكم ما اذا وقع الطلاق فى حال المرض وليست هناك قرينة تدل على أن غرضه حرمانها من الارث كما اذا طلبت منه الطلاق البائن مختارة فأوقعه او قال لها خالعتك فى نظير عشرين جنيها مثلا فقبلت اوقال لها طلقى نفسك بائناً ان شئت ففعلت ومات وهى فى العدة فانها لا ترثه ايضاً لانه لم يوجد منه قصد حرمانها من الارث اذ بطلبها الطلاق البائن وبقبولها دفع بدل الخلع وبايقاعها الطلاق عند تفويضه اليها رضيت باسقاط حقها فينعدم التعدى منه فلا ترثه أما اذا كان الطلاق البائن فى حال مرض الموت وقامت القرينة على أن غرضه حرمانها من الارث ومات وهى فى العدة فترثه لانه والحالة هذه يكون فاراً من ارثها فيرد عليه قصده .

وليس هذا الحكم خاصاً به بل هى مثله وينبنى عليه انها اذا باشرت سبب الفرقة بان زوجها غير الاب والجد بكفء وبمهر المثل فاختارت فسخ العقد عند البلوغ وماتت وهى فى العدة فان كان هذا الاختيار حال الصحة فلا يرثها وان كان فى حال مرضها مرض الموت وقامت قرينة على ماذكر ورثها وسيأتى زيادة ايضاح لهذه المسئلة فى طلاق المريض — انظر مادة (٢٤٦)

(مادة ٢٤٦) الطلاق البائن بينونة صغرى وهو ما كان دون الثلاث يحل قيد النكاح ويرفع أحكامه ويزيل ملك الزوج فى الحال ولا يبقى للزوجية أثر سوى العدة وتستتر المرأة فى بيتها ويجعل بينه وبينها حجاب فلا يدخل عليها ولا ينظرها . وان ضاق عنهما البيت او لم يكن ديناً فاخراجه منه أولى . وان مات أحدهما فى العدة فلا يرثه الآخر الا فى حال فراره أوفرارها بشرطه المذكور فى طلاق المريض

ويترتب على ان الطلاق البائن بينونة صغرى لا يزيل الحل ان المطلق له ان يرد زوجته اليه سواء كان ذلك فى العدة أو بعد انقضائها لان الحل الاصلى باق مالم يتكامل العدد وهو الثلاث ولكن لابد من عقد ومهر جديدين ويشترط رضاها بذلك لان الملك قد زال بخلاف الطلاق الرجعى فلا يشترط فى ارجاعها اليه شىء مما ذكر مادامت فى العدة لان الملك لم يزل وأما غير المطلق فيجوز له ان يتزوجها بعد انقضاء العدة وفى العدة لا يجوز لئلا يختلط النسب ولكن المطلق له ذلك لانه لا اشتباه فى النسب فابيح له تزوجه بها فى العدة — انظر مادة (٢٤٧)

ومتى وقع الطلاق بائناً بينونة كبرى وهو ما كان بالثلاث ويسمى بالطلاق البت زال الملك والحل معا فلا يجوز له ان يعقد عليها ولو رضيت الا بعد أن يتزوجها غيره ولا بد ان يكون هذا التزوج صحيحاً نافذا ويطأها ذلك الغير وطأً حقيقياً فالخلوة الصحيحة لا تكفى لحلها للاول ولا بد أن يكون هذا الوطء فى المحل المباح شرعا ويشترط أن يكون هذا الوطء موجباً للغسل بان يلتقى الختانان ثم بعد ذلك تقع الفرقة بينه وبينها سواء كان بالطلاق أو بالموت وتمضى عدة هذه الفرقة

ولا فرق فى هذا الحكم بين ماإذا كانت المطلقة ثلاثاً مدخولا بها أو غير مدخول بها وان كانت المدخول بها يقع عليها الثلاث سواء كان بكلمة واحدة كانت طالق ثلاثاً أو متفرقا كانت طالق أنت طالق أنت طالق

(مادة ٢٤٧) الطلاق البائن بينونة صغرى لا يزيل الحل فلا تحرم المبانة بما دون الثلاث على مطلقها بل له أن يتزوجها فى العدة وبعدها انما لا يكون ذلك الا برضاها =

وأما غير المدخول بها فلا يقع عليها الثلاث الا اذا كان بكلمة واحدة فان كان متفرقا فلا يقع الا الاولى فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة والفرق بينهما ان المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فبمجرد قوله لها أنت طالق بانت منه لا الى عدة فتصادفها الثانية وهى أجنبية منه فلا تقع بخلاف المدخول بها فان عليها العدة فتصادفها الثانية والثالثة وهى محل للطلاق فتقع كل منهما وقد تقدمت لك هذه المسئلة موضحة فى شرح مادة (٢٢٤)

وانما كانت المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى لا تحل لزوجها الا ءاذ كر لقوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمراد الطلقة الثالثة بدليل قوله تعالى قبل هذه الآية (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) ثم الغاية نكاح الزوج الثانى مطلقاً والزوجية المطلقة انما تثبت بالنكاح الصحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج أو يزاد على النص بالحديث المشهور وهو ماروى عن عائشة رضى الله تعالى عنها «ان رفاعة بن سموال القرظى طلق امرأته تميمة بنت وهب فبت طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت انها كانت مع رفاعة فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ليس معه الا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته »

وبعقد ومهر جديدين ويمنع غيره من نكاحها فى العدة

وعن ابن عمر « قال سئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا فيتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخى الستر ثم يطلقها قبل ان يدخل بها هل تحل للاول قال لا تحل للاول حتى يجامعها » وهذه الاحاديث مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب على تقدير ان يراد بالنكاح فى الآية العقد وعلى تقدير ارادة الوطء تكون موافقة له فلا اشكال ولان الشارع حث على عدم الفرقة الا اذا كانت هناك داعية اليها كما عرفته أول كتاب الطلاق لانها تزيل العقد الذى تترتب عليه المصالح الدينية والدنيوية ولذا لم يشرع الطلاق مرة واحدة بل جعل ثلاثا لان النفس كذوبة وربما تظهر عدم الحاجة الى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثا ليجرب نفسه أولا وثانيا فالشارع لما علم من الازواج ما ذكر قال انه اذا وقع الطلاق مرة أو مرتين منكم فلا يترتب عليه أمر تكرهه النفوس ولكن احذروا من وقوع الثالثة فانها لو حصلت فلا يمكن ارجاع الزوجة كما جاز ذلك أول وثانى مرة بل لابد من حصول شيء تكرهه نفوسكم فلا تقدموا على الطلاق من غير تفكر وروية خصوصاً الطلقة الثالثة — انظر مادة (٢٤٨)

ومتى وقع الطلاق بائنا بينونة كبرى وتزوجت المطلقة بغير زوجها بالشروط المتقدمة فى المادة السابقة وعادت لزوجها الاول فانها تعود اليه

(مادة ٢٤٨) الطلاق البت يزيل فى الحال الملك والحل معا . فمن طلق زوجته الحرة من نكاح صحيح ثلاث طلقات بكلمة واحدة قبل الدخول أو بعد الدخول سواء كانت الثلاث متفرقات أو غير متفرقات يحرم عليه أن يتزوجها حتى تنكح غيره نكاحا صحيحاً نافذا ويطأها وطأ حقيقيا فى المحل المتيقن موجباً للغسل ثم يطلقها أو يموت عنها وتمضى عدتها . وموت الزوج الثانى قبل وطئها لا يحلها للاول

بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلقات وهذا باتفاق

وأما المطلقه بائنا بينونة صغرى ان عادت لزوجها ففيه تفصيل وبيانه أنها اما ان تعود اليه قبل ان تتزوج بغيره أو بعده فان كان بعد الزواج فاما ان يدخل بها الزوج الثانى أولا فان عادت اليه قبل ان تتزوج بغيره سواء أعادها وهى فى العدة أو بعد انقضائها عادت اليه بما بقى له من الطلقات الثلاث فى الملك الاول اتفاقا . وان عادت اليه بعد تزوجها بغيره ولكن قبل ان يدخل بها فكذلك . وان كان بعد الدخول بها ففيه خلاف فالامام الاعظم وأبو يوسف يقولان تعود اليه بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلقات فيكون الزوج قد هدم الطلقات السابقة كما هدم الثلاث فيثبت حل جديد للزوج الاول وقال الامام الشافعى ومحمد تعود اليه بما بقى له من الطلقات الثلاث فى الملك الاول واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف بما روى عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود اذ جاءه اعرابى فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها أو مات عنها ثم انقضت عدتها وأراد الاول ان يتزوجها على كم هى عنده فالتفت الى ابن عباس وقال ماتقول فى هذا قال يهدم الزوج الثانى الواحدة والثنتين والثلاث واسأل ابن عمر قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ماقال ابن عباس

واستدل الشافعى ومحمد بأن هذا الحديث روى بسند آخر عن سيدنا عمر وسيدنا على انها تعود اليه بما بقى فالمسئلة خلافية بين الصحابة أيضا ولان الزوج الثانى غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث بالنص وهو قوله تعالى (فان

طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) اذ كلمة حتى للغاية حقيقة ولم يوجد المغيا وهو الحرمة الغليظة لانها معلقة بالثلاث ولا يثبت شيء من الحكم ببعض أركان العلة فلا يصير الزوج الثانى غاية قبل وجودها لاستحالة وجود الغاية ولا مغيا والمعول عليه قول أبي حنيفة وأبي يوسف — انظر مادة (٢٤٩)

والطلاق بجميع أقسامه أي سواء كان رجعيا أو بائنا وسواء كان البائن بائنا بينونة صغرى أو كبرى لا يقع على المرأة الا بعد عقد الزواج اذ الاجنبية غير محل له ولا بد أن يكون العقد صحيحا فان كان غير صحيح فلا تقع الطلاق أصلا وينبنى على ذلك أنه لو عقد رجل على امرأة وكان العقد صحيحا وأوقع عليها طلاقا وقع وترتب عليه حكمه سواء كان رجعيا او بائنا فان كان العقد غير صحيح فلا يقع ولا يترتب عليه حكم فاذا طلقها ثلاثا فى هذه الحالة واراد ردها اليه فلا داعى الى تزوجها بغيره بل له أن يردها بعقد صحيح قبل ذلك فيملك عليها ثلاث طلقات لان الطلاق الاول غير واقع اذ الطلاق انما يقع بعد العقد الصحيح ولكن لا يجوز أن يستعمل هذا الحكم حيلة لهدم وقوع الثلاث فى كل حال من الاحوال بل لا بد من أن يكون العقد غير صحيح فى الحقيقة ومن هذا تعلم فساد ما يستعمله بعضهم وهو انه عند ما يقع الطلاق الثلاث على رجل ولم يروا حيلة لعدم وقوعه من كونه مكرها أو سكران مثلا ينظرون

(مادة ٢٤٩) نكاح الزوج الثانى يهدم بالدخول ما دون الثلاث من الطلقات السابقة كما يهدم الثلاث ويثبت حلا جديدا فتعود المرأة للزوج الاول اذا تزوجها بملك جديد أي يملك عليها ثلاث طلقات لو حرة

الى أصل العقد فان رأوا انه تزوجها بلا ولى وكانت بالغة عاقلة أو بلا شهود عدول يقولون أن العقد غير صحيح على مذهب الامام الشافعى وبناء عليه فلا يقع الثلاث فلا داعى الى المحلل ولكن بالتأمل ترى أن هذه الحيلة باطلة لا ينبغى استعمالها أصلا لان الناس يقلدون مذهب أبى حنيفة وقت العقد والامام الشافعى يقول بصحة التقليد فاذا سئل عن هذا العقد أجاب بصحته فلا يجوز أن يحكم عليه بالفساد وأيضاً من المقرر أن حكم القاضى يرفع الخلاف ولا شك فى ان عقود الزواج ترفع الى القاضى العام فيحكم بصحتها وبناء عليه تكون صحيحة عند الجميع — انظر مادة (٢٥٠)

(الفصل الثالث فى تعليق الطلاق)

قد عرفت فى شرح مادة (٢٢٢) انه لا يشترط اللفظ فى ايقاع الطلاق بل كما يقع باللفظ يقع بالكتابة وعرفت أنواع الكتابة ايضاً وما يقع به الطلاق منها وما لا يقع فى المادة المذكورة وكما أنه لا يشترط اللفظ لوقوعه كذلك لا يشترط أن يكون الطلاق منجزاً بل كما يصح أن يكون منجزاً يصح أن يكون مضافاً الى زمن مستقبل ويصح أن يكون معلقاً فالمنجز هو ما كان بصيغة مطلقة أى غير مقيدة بشرط ولا مضافة الى وقت كقول الرجل لزوجته أنت طالق أو أنت حرام وهذا يقع فى الحال بلا انتظار شىء آخر

(مادة ٢٥٠) الطلاق لا يلحق المنكوحة نكاحا فاسدا فالفرقة فيه متاركة لا طلاق حقيقى فمن طلق منكوحته فاسداً ثلاثاً فله أن يتزوجها بعقد صحيح بلا محلل ويملك عليها ثلاث طلقات .

والمضاف الى زمن مستقبل كقول الرجل لزوجته انت طالق بعد عشرة أيام مثلا وهذا لايقع الا عند انتهاء المدة المحددة لان الزوج ماقصد ايقاعه في الحال بل بعد زمن مخصوص فيعامل بما قصد

وأما التعليق فهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى فالجملة الاولى هي جملة الجزاء والثانية جملة الشرط والمضمون هو ماتضمنته الجملة من المعنى كقول الرجل لزوجته ان دخلت دار فلان فانت طالق أو ان وصلك كتابي هذا فانت بائن ففي الجملة الاولى ربط حصول طلاقها بحصول دخولها الدار وفي الثانية ربط حصول طلاقها بوصول الكتاب

وهذا لايقع به الطلاق الا عند حصول مدلول جملة الشرط لان الزوج لم يرد وقوع الطلاق في الحال بل علق وقوعه على شيء مخصوص فاذا لم يحصل هذا الشيء فلا يقع . والطلاق وان كان لايقع بمجرد التعليق بل عند حصول المعلق عليه الا أنه يقال للتعليق يمين ويترتب عليه أنه اذا حلف شخص ان لايحلف فعلق طلاق زوجته على حصول شيء حنث في يمينه السابق لانه حلف — انظر مادة (٢٥١)

وعند مايعلق شخص طلاق زوجته على حصول شيء من الاشياء وهو مدلول فعل الشرط فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة الاول ان يكون

(مادة ٢٥١) الطلاق لفظيا كان أو بالكتابة يصح ان يكون منجزاً او معلقا فالمنجز ما كان بصيغة مطلقة غير مقيدة بشرط ولا مضافة الى وقت وهذا يقع في الحال والمعلق ما كان معلقا بشرط أو حادثة أو مضافا الى وقت وهذا يتوقف وقوعه على =

مدلول فعل الشرط معدوما وقت التعليق ويجوز حصوله الثانى ان يكون مدلول فعل الشرط محققا أى موجودا وقت التعليق الثالث ان يكون معدوما ويستحيل حصوله

فان كان الاول كما اذا قال الرجل لزوجته ان كلمت فلانا أو خرجت بغير اذنى فانت طالق كان التعليق صحيحا وينتظر حصول الشىء المعلق عليه الطلاق وهو تكليم فلان فى المثال الاول والخروج بغير اذنه فى المثال الثانى فان وجد وقع الطلاق وان لم يوجد فلا يقع

. وان كان الثانى وهو ماذا كان مدلول فعل الشرط محققا كما اذا قال لها ان لبست هذا الثوب فأنت طالق وهى لابسة له أو ان ركبت هذه الدابة فأنت طالق وكانت راكبة لها فلا يخلو الحال من أحد أمرين

الاول ان يكون مدلول فعل الشرط من الافعال التى تقبل الامتداد الثانى ان يكون من الافعال التى لاتقبل الامتداد فالاول كالاقامة واللبس والركوب فان كلا منها من الافعال التى تقبل الامتداد ولذا يصح عرفا ان تقول أقمت فى هذا البيت سنة ولبست هذا الثوب شهرا وركبت هذه الدابة ساعتين مثلا

فان علق طلاق زوجته على شىء من هذه الاشياء بان قال لها ان لبست هذا الثوب فانت طالق وكانت لابسة له ومضى زمن تتمكن فيه من خلعه ولم تخلعه وقع الطلاق لان هذه الافعال لبقائها حكم ابتدائها أعنى انه اذا قال لها ان لبست هذا الثوب فانت طالق ولم تكن لابسة له فلا يقع الطلاق الا اذا

وجود الشرط أو الحادثة أو حلول الوقت المضاف اليه . والتعليق يمين

ابتدأت لبسه فاذا كانت لابسة له واستمرت على لبسه مع التمكن من خلعه وقع الطلاق أيضاً لان البقاء له حكم الابتداء فكأنها باستمرارها على لبسه مع التمكن من الخلع ابتدأت لبسا جديدا فيقع كما اذا كانت غير لابسة له وقت التعليق ولبسته

والثاني وهو ما اذا كان مدلول فعل الشرط من الأفعال التي لا تقبل الامتداد كالخروج والدخول كما اذا قال رجل لزوجته ان دخلت هذه الدار فانت طالق وكانت داخلة فيها وقت تعليق الطلاق فلا يقع الطلاق ولو استمرت داخل الدار سنين ما لم تخرج منها ثم تدخلها لان الدخول لا يمتد اذ هو عبارة عن الانفصال من خارج الى داخل وهذا الانفصال يسير جداً فلا يقبل الامتداد ولذا لا يحسن عرفاً أن تقول دخلت البيت شهراً وانما تقول اقمت فيه مدة كذا فلا يقع الطلاق باستمراره وانما يقع عند انشاء دخول آخر غير الحاصل وقت التعليق . ومثل الدخول الخروج فاذا قال رجل لزوجته ان خرجت من هذا البيت بغير اذني فانت طالق وكانت خارجة وقت اليمين فلا يقع الطلاق ولو استمرت خارج البيت اياماً وانما يقع اذا دخلت البيت ثم خرجت منه بغير اذنه

وان كان الثالث وهو ما اذا كان مدلول فعل الشرط معدوما ويستحيل حصوله كما اذا قال لها ان دخل الجمل في سم الخياط فانت طالق كان التعليق لاغياً فلا يقع الطلاق لا في الحال لانه ليس منجزاً ولا في الاستقبال لان الطلاق المعلق على شيء لا يقع الا عند حصول هذا الشيء واذا كان الشيء المعلق عليه مستحيلا اى لا يتأتى حصوله أصلا فلا فائدة في صحة التعليق لانه

لا يجيء وقت من الاوقات يمكن حصوله فيلغو التعليق في الحال

ولا يصح التعليق الا اذا كان هناك اتصال بين جملة فعل الشرط وجملة الجواب كما في الامثلة المتقدمة فان فصل بينهما كما اذا قال رجل لزوجته انت طالق وسكت وبعد ذلك قال لها ان كلمت فلانا فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول ان يكون الفصل لغير عذر الثاني أن يكون لعذر فان كان الاول فلا يصح التعليق بل يقع الطلاق في الحال وان كان الثاني كما اذا قال لها أنت طالق فأخذه السعال أو العطاس أو أمسك أحد فمه فلم يقدر على الاتيان بقوله ان دخلت الدار وبعد زوال العذر أتى به فوراً صح التعليق فلا يقع الطلاق الا اذا وجد مدلول فعل الشرط

وكما يلغو الطلاق المعلق على أمر مستحيل كذلك يلغو الطلاق في أحوال :

الحالة الاولى الطلاق المدخول فيه الشك كما اذا قال رجل لزوجته أنت طالق أو غير طالق أو أنت طالق أو لا فلا يقع شيء لانه أدخل الشك في أصل الايقاع فلا يقع

الحالة الثانية الطلاق المضاف لحالة منافية لايقاعه كما اذا قال رجل لامرأته طلقتك قبل أن أتزوجك فانه لا يقع شيء لانه أضاف الطلاق لحالة منافية لملكية الطلاق اذ قبل تزوجها لا يملك عليها طلاقا ومثل هذا قوله طلقتك وانا نائم أو صبي فانه لا يقع أيضاً لأنه في حال النوم ووقت الصبا ليس أهلا لايقاع الطلاق فاذا أضافه الى حالة منافية لايقاعه يلغو

الحالة الثالثة الطلاق المضاف لحالة منافية لوقوعه كما اذا قال رجل لامرأته

طلقتك قبل ان أتزوجك فلا يقع شيء لانها قبل تزوجه لها ليست محلا للطلاق والطلاق لا يقع الا اذا كانت المرأة محلا له فاذا أضافه لوقت ليست المرأة فيه محلا للطلاق يلغو

الحالة الرابعة الطلاق المعلق على المشيئة الالهية فاذا قال رجل لزوجته انت طالق ان شاء الله تعالى فلا يقع الطلاق لقوله عليه الصلاة والسلام «من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث» ولان مشيئة الله تعالى لا يطلع عليها أحد فكان اعداما للجزاء كقوله تعالى (حتى يلج الجمل في سم الخياط) ويشترط في عدم وقوع هذا الطلاق شرطان : الاول ان يكون قوله ان شاء الله تعالى متصلا به فلو كان منفصلا عنه فاما ان يكون الفصل لعذر أو لغير عذر فان كان الاول كالسعال والعطاس وامساك الفم فلا يقع الطلاق أيضاً وان كان الثاني وقع الطلاق . الثاني ان يكون قوله ان شاء الله تعالى مسموعا فلو قال سرا ولم يسمع وقع طلاقه

ومثل هذا ما اذا قال الرجل لزوجته انت طالق وسكت ثم قال ثلاثا فان كان السكوت لعذر وقع الثلاث وان كان لغير عذر فلا يقع الا واحدة — وكذا اذا استثنى بعض الطلقات التي أوقعها أولا كما اذا قال لها أنت طالق ثلاثا الا واحدة أو اثنتين فان كان متصلا فلا يقع في المثال الاول الا اثنتان وفي الثاني يقع واحدة وان كان منفصلا ففيه التفصيل المتقدم .

ومن الناس من جوز الاستثناء مادام الحالف في المجلس وعن ابن عباس جوازه الى سنة وعنه جوازه أبدا ولكن هذا لا يعول عليه أصلا بل لا بد ان يكون الاستثناء متصلا حتى يكون معولا عليه ولذلك أدلة منها قوله تعالى

(لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته) الآية فلو جاز الاستثناء منفصلا لما كان لايجاب الكفارة معنى لان الحالف كان يستثنى فى يمينه بأن يقول ان شاء الله فلا تلزمه الكفارة

ومنها قوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو جاز الاستثناء منفصلا لما كان لهذا معنى اذ كانوا يستثنون بعد ما طلقوا نساءهم ثلاثا فلا يكون هناك داع الى تزوجها بغيره

ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه» ولو جاز الاستثناء منفصلا لامره به ولما وجبت الكفارة أبداً

وروى ان أبا جعفر المنصور دعا أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه وقال له لم خالفت جدى فى الاستثناء فقال له لحفظ الخلافة عليك فانك تأخذ عقد البيعة بالايمان والعهود الموثقة على وجوه العرب وسائر الناس فيخرجون من عندك ويستثنون فيخرجون عليك فقال له أحسنت — انظر مادة (٢٥٢)

فقد علمت ان حكم التعليق انه متى وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق واذا لم يوجد فلا يقع ولكن هذا الحكم لا يلزم الا فى حالتين: الحالة الاولى ان تكون المرأة محلا للطلاق بان يكون عقد الزواج قائما ولم يحصل طلاق

(مادة ٢٥٢) يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا ولا منفصلا الا لعذر فالمعلق على محقق ينجز فيما لبقائه حكم ابتدائه . والتعليق على أمر محال لغو وكذا يلغو الطلاق المدخول فيه الشك والطلاق المضاف لحالة منافية لايقاعه أو وقوعه وكذلك المعلق على المشيئة الالهية مسموعا متصلا لا منفصلا الا لعذر

أصلا أوحصل طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى وكانت المرأة فى العدة فاذا قال الرجل لزوجته التى لم يوقع عليها طلاقا أو أوقعه وكان غير بائن بينونة كبرى ولم تنقص عدتها ان كلمت فلانا فأنت طالق لزمه حكم هذا التعليق فان وجد مدلول فعل الشرط وهى فى الملك وقع الطلاق واذا لم يوجد أصلا أو وجد وهى فى غير الملك فلا يقع .

الحالة الثانية أن تكون المرأة ليست محلا للطلاق وقت التعليق بأن كانت غير معقود عليها ولكنه أضاف الطلاق الى سبب الملك وهو التزوج فاذا قال رجل لامرأة أجنبية منه ان تزوجتك فأنت طالق لزمه حكم هذا التعليق فمتى حصل التزوج وقع الطلاق لانه وان كان لا يملك ايقاع الطلاق حالا الا انه اضافه الى سبب ملكه وهو التزوج فيصح التعليق ويلزم حكمه فمتى وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق .

اما اذا لم يوجد تعليق الطلاق فى احدى هاتين الحالتين بان كانت المرأة المعلق طلاقها على حصول شىء ليست فى الملك حقيقة ولا حكما بأن كانت أجنبية منه ولم يضف الطلاق الى سبب الملك وذلك بان يقول لها ان كلمت فلانا فأنت طالق فلا يلزم حكم هذا التعليق . وينبنى على هذا انه اذا وجد مدلول فعل الشرط وهو تكليم فلان فلا يقع الطلاق سواء وجد قبل تزوجها أو بعده اذ هى ليست محلا للطلاق قبل التزوج فلا يقع وأما بعد التزوج فهى وان كانت محلا للطلاق لكن التعليق لا يلزم حكمه الا اذا وجد فى احدى الحالتين المتقدمتين ولم يوجد فلا يقع

وقال الامام الشافعى والامام أحمد رضى الله تعالى عنهما لا يلزم حكم

التعليق الا فى الحالة الاولى وهى ان تكون المرأة محلا للطلاق وأما فى الحالة الثانية فلا يلزم حكمه سواء خصص أو عمم

فاذا قال لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق أو ان تزوجت فلانة فهى طالق أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق فلا يصح هذا التعليق أصلا وينبنى على ذلك أنه لو حصل التزوج ووجد مدلول فعل الشرط فلا يقع الطلاق

والامام مالك رضى الله تعالى عنه يوافق فى الحالة الاولى ويفصل فى الحالة الثانية فيقول ان خصص امرأة بأن قال ان تزوجت فلانة فهى طالق أو بلدا بأن قال كل امرأة أتزوجها من البلدة الفلانية فهى طالق أو صنفا بان قال كل بكر أو كل ثيب أتزوجها فهى طالق لزم هذا التعليق وان عمم بأن قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فلا يلزمه حكمه

واستدل الشافعى وأحمد بقوله عليه الصلاة والسلام : «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ولا بيع فيما لا يملك» وبأحاديث كثيرة وردت فى هذا الموضوع وبأن ابن عباس سئل عن هذه المسئلة فقال قال الله تعالى (اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن) شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله ولأن المحل شرط للطلاق كأهلية الزوج فكما أنه لا يجوز التعليق بالاهلية من غير من هو أهل للطلاق كالصبي يقول اذا بلغت فامرأتى طالق فكذا لا يصح فى غير المحل ولو أضافه لسبب الملك ولأنه يضاد المقصود من النكاح وهو التوالد فلا يشرع أصلا

والامام مالك يقول ان فى التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يصح بخلاف التخصيص فان له ان يتزوج بغير المخصصة

والحنفية يقولون أن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين بالله تعالى لان اليمين تصرف من الحالف فى ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه والمحلوف به ليس بطلاق لانه لا يكون طلاقا الا بعد الوصول الى المحل فما لم يصل فهو يمين واشتراط قيام الملك لاجل الطلاق لا لأجل الحلف ويطعنون فى كل الاحاديث التى وردت فى هذا الباب أو يقولون لو صحت حملت على التنجيز لا على التعليق. ولكن هذا الحمل ظاهر فى بعض الاحاديث مثل قوله عليه الصلاة والسلام « لا طلاق قبل النكاح » ولا يظهر فى البعض الآخر مثل ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فأبى أولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح اذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقا منجزاً. ومما تقدم من الادلة يعلم ان مذهب الامام الشافعي والامام احمد هو الظاهر — انظر مادة (٢٥٣)

وما دامت المرأة المعلق طلاقها على حصول شيء موجودة فى عصمة الزوج فاليمين المعلقة باقية ففى أى زمن وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق اما لو انحل قيد الزواج وخرجت المرأة من عصمته فاما أن يكون انحلاله بالبائن بينونة صغرى أو بالبائن بينونة كبرى

فان كان الاول فاليمين المعلقة باقية فان وجد مدلول فعل الشرط بعد ما عادت الى عصمته وقع الطلاق المعلق

ويبنى على هذا ان الزوج اذا قال لزوجته ان خرجت بغير اذنى فانت

(مادة ٢٥٣) يشترط فى لزوم التعليق ان يكون فى ملك النكاح حقيقة او حكما

طالق وقبل أن تخرج بغير الاذن نجز عليها طلاقا بائنا سواء كان واحدة أو اثنتين ثم أعادها الى عصمته سواء كان فى العدة أو بعدها ثم خرجت بغير اذنه وقع الطلاق المعلق لان مدلول فعل الشرط لم يوجد قبل هذا الوقت والجزاء باق لبقاء محله فتبقى اليمين سواء كان الطلاق المعلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا الا أنه اذا كان ثلاثا فلا يقع منه الا ماهو باق له من طلقات هذا الملك — انظر مادة (٢٥٤)

وان كان الثانى وهو ما اذا كان انحلال قيد النكاح بالبائن بينونة كبرى بطلت اليمين المعلقة فان وجد مدلول فعل الشرط بعد ما عادت الى عصمته فلا يقع شىء ويبنى على هذا ان الزوج اذا قال لزوجته ان كلمت فلانا فانت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا وقبل حصول مدلول فعل الشرط وهو تكليم فلان انحل قيد نكاحها بالبائن بينونة كبرى بان نجز عليها الطلاق الثلاث ثم عادت اليه بعد التحليل ووجد مدلول فعل الشرط فلا يقع الطلاق المعلق اصلا لان الحل قد زال بوقوع الثلاث المنجزة .

وانما كان زوال الملك غير مبطل لليمين المعلقة وزوال الحل مبطل لها

اي حال قيامه او فى عدة الطلاق الرجعى أو البائن فى بعض صوره أو مضافا الى الملك فان أضافه المعلق الى امرأة أجنبية منه ثم تزوجها ووقع الشرط بعد تزوجها فلا يلزمه ولا تطلق المرأة بوقوعه

(مادة ٢٥٤) زوال ملك النكاح بوقوع طلقة واحدة أو اثنتين لا يبطل اليمين المعقودة حال قيامه فمن علق طلاق امرأته بما دون الثلاث او بها لو حرة ثم ابانها بما دون الثلاث منجزا قبل وجود الشرط ثم تزوجها ووجد الشرط يقع الطلاق المعلق كله

لان الزوج لا يملك ألا طلقات الملك الذى حصل فيه الطلاق وهى الثلاث وبما أن زوال الملك الذى يكون بطلقة واحدة أو اثنتين يبقى شيئاً من الثلاث فلا تلغو اليمين بالنسبة للباقى بخلاف زوال الحل فانه لا يكون الا بالثلاث فتكون طلقات هذا الملك قد انتهت فلا يسرى اليمين على طلقات ملك لم يحصل فيه التعليق

وكما يبطل التعليق بزوال الحل يبطل أيضاً بزوال امكان البر المصحح للتعليق وينبنى على هذا ان الزوج اذا كان مديناً لزوجته فطلبت منه قضاء الدين فقال لها ان لم أدفعه لك فى مدة شهر مثلا فانت طالق ثلاثاً فابرأته من هذا الدين فى أثناء الشهر وانقضى الشهر فلا يقع الطلاق المعلق لان دفعه الدين بعد الابراء منه غير ممكن فيبطل التعليق فلا يقع الطلاق . وأن الزوج اذا قال لزوجته ان لم تردّى علىّ الشيء الفلانى فى هذه الساعة فأنت طالق وتناوله بنفسه قبل مضى الساعة فلا يقع الطلاق لانه لا يمكنها رد الشيء عليه بعد أخذه . وان الزوج اذا ظن أن زوجته أخذت نقوداً من كيسه فقال لها ان لم تردّى النقود التى أخذتيها من هذا الكيس فانت طالق ثلاثاً وتبين بعد اليمين أنها لم تأخذ شيئاً منه فلا يقع الطلاق لانه يستحيل ان ترد شيئاً لم تأخذه وأمثلة هذا المبحث كثيرة جداً والذكى يمكنه ان يقيس على ماذكر أمثلة لا تحصر — انظر مادة (٢٥٥)

(مادة ٢٥٥) زوال الحل بوقوع الثلاث يبطل تعليق ما دون الثلاث والثلاث أيضاً للحرّة فمن علق ما دون الثلاث أو الثلاث للحرة ثم نجز الثلاث قبل وجود الشرط ثم تزوجها بعد التحليل بطل التعليق بحيث لو وجد الشرط لا يقع شيء من الطلقات التى علقها فى الملك الاول

والاداة التي علق الطلاق على حصول مدلول ما بعدها لا يخلو حالها من أحد أمرين

الاول ان لا تفيد التعميم الثاني ان تفيده فالاولى مثل إن واذا والثانية ككل وكلما ففي الاولى متى وجد مدلول فعل الشرط مرة انحلت اليمين فاذا وجد مرة ثانية فلا يترتب على هذا الوجود شيء وفي الثانية لا تنحل اليمين بأول مرة بل تبقى لمرة ثانية وثالثة على التفصيل الذي سيلقى عليك في شرح المادة الآتية

وينبني على هذا ان الرجل اذا قال لزوجته ان خرجت من هذا البيت فأنت طالق فخرجت أول مرة انحلت اليمين سواء كان خروجها وهي في عصمته أو بعد زوال العصمة فلا فرق بينهما في انتهاء اليمين وانما الفرق في وقوع الطلاق وعدم وقوعه

وبيان ذلك أنه ان وجد مدلول فعل الشرط والمرأة في الملك حقيقة أو حكما انحلت اليمين ووقع الطلاق وان وجد والمرأة ليست في الملك لا حقيقة ولا حكما انحلت اليمين ايضاً ولا يقع الطلاق

وينبني على هذا أيضاً أن الرجل اذا قال لزوجته ان خرجت من هذا البيت فأنت طالق فخرجت قبل أن ينجز عليها طلاقا وقع الطلاق لان الشرط وجد وهي في ملكه حقيقة فتكون محلاً له فينزل الجزاء وهو الطلاق فيقع وتنحل اليمين بمعنى انه ان وجد مدلول فعل الشرط مرة ثانية وهي في الملك فلا يقع طلاق لان الاداة لا تفيد التعميم

ومثله ما اذا نجز عليها طلاقا قبل حصول مدلول فعل الشرط سواء

كان رجعياً أو بائناً بينونة صغرى ولكن قبل انقضاء عدتها خرجت من البيت فان الطلاق يقع أيضاً لحصول مدلول فعل الشرط وهى فى الملك حكماً لكونها فى العدة فيصادف الطلاق محله فيقع وتنحل اليمين أيضاً لما تقدم

وقال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه ان كان الطلاق المنجز رجعياً ووجد مدلول فعل الشرط وهى فى العدة وقع الطلاق وان كان بائناً فلا يقع لان الملك قد زال

ولكن محل وقوع الطلاق عند حصول مدلول فعل الشرط اذا لم تكن المرأة مضطرة فاذا قال لها ان خرجت من هذا البيت بغير اذنى فأنت طالق فحصل للدار حرق اوغرق فخرجت بغير اذنه فلا يقع الطلاق لأنها مضطرة

اما اذا نجز عليها طلاقا بعد التعليق ثم بعد انقضاء العدة وجد المحلوف عليه فلا يقع الطلاق ومع ذلك تنحل اليمين

اما عدم وقوع الطلاق فلانه لم يصادف محله اذ وقت حصوله كانت المرأة اجنبية فهى ليست محلا للطلاق فلا يقع واما انحلال اليمين فلوجود المحلوف عليه مرة والاداة لا تفيد التكرار

وينبنى على هذا الاصل وهو انه متى وجد مدلول فعل الشرط والمرأة فى الملك حقيقة او حكما انحلت اليمين ووقع الطلاق ومتى وجد وهى ليست في الملك اصلا انحلت اليمين ولا يقع الطلاق ان الرجل اذا علق طلاق زوجته بالثلاث على شىء لا يستغنى عنه بأن قال لها ان تاجرت فى كذا فأنت طالق ثلاثاً فظهر له بعد ذلك انه لا يستغنى عن التجارة فى هذا الشىء ولكن ان اتجر يقع الطلاق الثلاث مع انه يريد ابقاء زوجته وان لم يتجر فلا يقع الطلاق ولكن

هو فى حاجة الى الاتجار فحينئذ ينجز عليها طلقة واحدة وينتظر حتى تنقضى عدتها فيتجر فى المحلوف عليه ثم يعقد على زوجته فاذا استمر فى التجارة فلا يقع الطلاق لان المحلوف عليه وجد وهى خارجة عن الملك فتنحل اليمين ولا يقع الطلاق

وعلى قول الامام الشافعى لاداعى الى انقضاء عدة الطلاق متى كان بائنا وهو أسهل فى هذا الموضوع — انظر مادة (٢٥٦)

فقد علم من هذا ان اداة التعليق ان كانت لا تفيد التكرار فلا يحنث الحالف الا مرة واحدة لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدون الشرط

فان كانت تفيد التكرار او العموم حنث الحالف أكثر من مرة والادوات التى تفيده هى كل وكلما ولكن بينهما فرق وهو ان كلمة كل تقتضى عموم الاسماء وكلما تقتضى عموم الافعال لان كلمة كل تدخل على الاسماء وكلما تدخل على الافعال فتفيد كل واحدة منهما عموم مادخلت عليه فاذا وجد اسم واحد أو فعل واحد فقد وجد المحلوف عليه فتنحل اليمين فى حقه فقط وتبقى فى حق غيره من الاسماء والافعال

وينبنى على هذا ان الرجل اذا قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة وقع عليها الطلاق وانحلت اليمين فى حقها فقط وبقيت فى حق غيرها فاذا تزوجها بعد ذلك فلا يقع شىء

(مادة ٢٥٦) تنحل اليمين ولا يبقى لها عمل بعد وجود الشرط سواء كان وجوده فى الملك أو بعد زواله لكن ان وجد تمامه والمرأة فى الملك حقيقة أو فى عدة الطلاق يقع عليها الطلاق وان وجد بعد زواله فلا يقع شىء

وأما كلما فلا يخلو حالها من أحد أمرين الاول ان تدخل على غير سبب الملك الثانى ان تدخل على سبب الملك

فان كان الاول افادت التكرار ولكن تكرارها ينتهى بانتهاء الثلاث كما اذا قال رجل لزوجته كلما زرت أختك فانت طالق فانها هنا دخلت على الزيارة وهى ليست سبباً لملك الطلاق فان وجدت الزيارة أول مرة والمرأة فى الملك حقيقة أو حكما وقع الطلاق وان وجدت مرة ثانية بالشرط المتقدم وقع طلاق ثان وان وجدت مرة ثالثة وقع طلاق ثالث فاذا تزوجت بغيره ثم عادت لزوجها الاول ووجدت الزيارة فلا يقع الطلاق

وان كان الثانى وهو دخولها على سبب الملك فلا ينتهى بالثلاث فاذا قال رجل كلما تزوجت امرأة فهى طالق فانها دخلت على التزوج وهو سبب ملك الطلاق فان وجد تزوج أى امرأة كانت وقع الطلاق فان تزوجها ثانياً وقع طلاق ثان فان عقد عليها ثالثا وقع ثالث فاذا تزوجت بغيره وعقد عليها الاول بعد التحليل وقع الطلاق لان اليمين فى هذه الحالة لا تنتهى أصلا

وانما قالوا ان كلما ان دخلت على غير سبب الملك تنتهى اليمين بثلاث طلقات ولو دخلت على سبب الملك لا تنتهى ابداً لان المحلوف عليه فى الحالة الاولى طلقات الملك الذى حصل تعليق الطلاق فيه وهى متناهية فتنتهى اليمين بانتهائها — والمحلوف عليه فى الحالة الثانية هو التزوج وهو لا نهاية له فكلما وجد وقع الطلاق لانه غير متناه — ولا تنس ما تقدم لك من مذاهب الائمة الاخر فانهم يقولون أن التعليق لا يصح الا اذا كان فى الملك فلو قال رجل كل امرأة اتزوجها اوكلما تزوجت امرأة فهى طالق فلا يصح هذا التعليق اصلا فله ان يتزوج

بمن شاء ولا يقع الطلاق — وهو ظاهر المراد - انظر مادة (٢٥٧)

وتعليق الطلاق اما ان يكون على شيء واحد أو على شيئين فان كان على شيء واحد كما اذا قال رجل لزوجته ان دخلت دار فلان فأنت طالق ووجد مدلول فعل الشرط وهي في الملك حقيقة أو حكما وقع الطلاق بلا انتظار شيء آخر . وان كان على شيئين كما اذا قال رجل لزوجته ان دخلت دار فلان ودار فلان فانت طالق أو ان كلمت فلانا وفلانا فانت طالق ثلاثا فلا يقع الطلاق بوجود واحد منهما بل ينتظر حصول الثاني فان وجد والمرأة في الملك حقيقة أو حكما وقع الطلاق وان لم يوجد أصلا أو وجد ولكن وقت وجوده كانت المرأة ليست في الملك لا حقيقة ولا حكما فلا يقع الطلاق فمتى وجد الثاني من الامرين وهي في الملك وقع الطلاق ومتى وجد وهي خارجة عن الملك فلا يقع ـ وهذه المسئلة لها أربع صور

الاولى . ان يوجد كل من الامرين والمرأة في الملك وهذه يقع فيها الطلاق وصورتها ان يقول رجل لزوجته ان دخلت دار فلان ورآك فيها فانت طالق ثلاثا وقبل حصول الفرقة بينهما دخلت دار فلان ورآها فيها وقع الطلاق المعلق وهو الثلاث لوجود الامرين وهي محل للطلاق

(مادة ٢٥٧) لا يحنث الحالف في يمين واحدة أكثر من مرة في جميع أدوات الشرط الا اذا استعمل كلمة كلما . فان ادخلها على غير التزوج بان قال لامرأته كلما زرت اختك فأنت طالق فلا تنتهي اليمين الا بالزيارة الثالثة وفي كل زيارة يحنث حتى اذا انتهت الثلاث ثم تزوج المرأة بعد زوج آخر فلا يقع عليها الطلاق ان زارت وان أدخلها على سبب الملك وهو التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فلا تنتهي اليمين بالثلاث بل تطلق المرأة بكل تزوج ولو بعد زوج آخر

الثانية — ان يوجد الاول وهى خارجة عن الملك والثانى وهى فى الملك فيقع الطلاق أيضاً وصورتها ان يقول رجل لزوجته ان كلمت فلاناً وفلاناً فانت طالق ثلاثاً وقبل ان تكلم واحداً منهما نجز عليها طلاقاً وكلمت واحداً منهما بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فكلمت الآخر وقع الطلاق لان الامرين وجدا وعند وجود آخرهما كانت المرأة محلا للطلاق فيقع

الثالثة — ان يوجد الامران وهى خارجة عن الملك وفى هذه الحالة لا يقع الطلاق وصورتها انه بعد ان نجز عليها طلاقاً فى المثال المتقدم فى الصورة الثانية كلمت فلاناً وفلاناً بعد انقضاء عدتها فلا يقع الطلاق لان الامرين وان وجدا لكن وقت الوجود ليست المرأة محلا للطلاق اذ هى فى غير الملك فلا يقع

الصورة الرابعة. ان يوجد الاول وهى فى الملك والثانى وهى خارجة عن الملك وفى هذه لا يقع الطلاق أيضاً وصورتها ان تكلم واحداً منهما قبل ان ينجز عليها طلاقاً ثم يطلقها وبعد انقضاء المدة تكلم الآخر فلا يقع لان الامرين وان وجدا إلا انه فى حالة وجود الثانى لم تكن المرأة محلا له فلا يقع — انظر مادة (٢٥٨)

والشيء المعلق عليه وقوع الطلاق لا يخلو حاله من أحد امرين الأول ان تمكن معرفته من غير الزوجين كدخولها دار فلان مثلا الثانى أن لا تمكن معرفته الا منها كحيضها ومحبتها لشيء مخصوص وعلى كل فاما ان يتفق الزوجان على وجوده أو يختلفا فان اتفقا وقع الطلاق المعلق وان اختلفا فاما ان يكون مدعى وجوده هو الزوج أو الزوجة فان كان الزوج يقع أيضاً لان له انشاءه

(مادة ٢٥٨) اذا علق الزوج الطلاق على شرطين أو على شيئين فان وجدا أو الثانى منهما والمرأة فى الملك حقيقة أو حكماً وقع الطلاق والا فلا

وان كانت الزوجة فى الاول يكون القول للزوج الا اذا أقامت بينة وفى الثانى يكون القول لها فى حقها خاصة

وينبنى على ذلك انه اذا قال رجل لزوجته ان دخلت دار فلان أو كلمت فلاناً فأنت طالق ثلاثاً وبعد ذلك أخبرت بانها دخلت داره أو كلمته فان صدقها الزوج وقع الطلاق لانهما اتفقا على وجود الشيء المعلق عليه وقوعه فيقع ومثل هذا ما اذا كان المدعى لوجوده هو الزوج ولو انكرت فانه يقع كما هو ظاهر لان فى امكانه ايقاعه فى الحال وان كذبها فالقول له والبينة لها لان الزوج متمسك بالاصل وهو عدم الشرط فكان الظاهر شاهداً له والقول قول من يتمسك بالاصل ولانه ينكر وقوع الطلاق وهى تدعيه والقول قول المنكر فان أقامت بينة على دعواها قبلت لانها مدعية ونورت دعواها بالحجة فتقبل لان كلاً من دخولها الدار وتكليمها لفلان يمكن معرفته من غيرها واذا قال لها ان كنت تحبين فلاناً فأنت طالق فقالت أحبه وقع الطلاق مطلقاً أى سواء صدقها الزوج أو كذبها لانه بالتصديق اتفقا على وجود ما علق الطلاق على وقوعه فيقع وبالتكذيب يقع أيضاً لان هذا شيء لا يعلم الا من جهتها فيكون القول لها فى حق نفسها فتطلق وهذا من جهة الاستحسان والقياس يأبى الوقوع فى هذه الحالة ويجعل القول له كما اذا كان مدلول فعل الشرط تمكن معرفته من غيرها ووجهه ان الزوجة تدعى شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول له ولا تصدق الا بحجة كغيره من الشروط. ووجه الاستحسان ان هذا أمر لا يعرف الا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعى فيجب عليها ان تخبر كي لا يقعا فى الحرام اذ الاجتناب عنه واجب

عليهما شرعا فيجب طريقه وهو الاخبار وتعينت هى له فيجب قبول قولها ليخرجا عن عهدة الواجب

وقبول قولها فى هذه الحالة لا يسرى الا عليها فاذا كان طلاقها وحدها معلقاً على شىء لا يعلم الا من جهتها وأخبرت صدقت استحسانا وان كذبها الزوج لما تقدم

أما اذا علق طلاق غيرها معها على الشىء الذى لا يعلم الا من جهتها كما اذا قال رجل لزوجته ان حضت فانت طالق وفلانة ثم أخبرت بأنها حاضت فاما ان يصدقها الزوج أو يكذبها فان صدقها وقع الطلاق عليها لثبوت الحيض بتصديقه وان كذبها قبل قولها فى حق نفسها لما تقدم ولا يقبل بالنسبة لالتى معها لانها متهمة فى حق ضرتها فلا يقبل قولها حتى يعلم انها حاضت حقيقة اذ الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه الى غيره . وقبول قول الشخص فى حقه لا فى حق غيره ليس غريبا لان له نظائر كثيرة منها ما اذا أقر أحد الورثة بدين لشخص على المورث ولم تصدقه باقى الورثة فيقتصر على نصيبه . ومنها ما اذا أقر المشترى بالمبيع لشخص يدعى استحقاقه ولم يصدقه البائع فانه يؤمر بتسليمه اليه ولا يرجع بالثمن على البائع لان اقراره حجة قاصرة عليه فلا يتعدى الى البائع

ولا يقبل قولها فى حق نفسها الا اذا أخبرت والحيض قائم فاذا قالت حضت وطهرت فلا تصدق اذا كذبها الزوج لانها أخبرت عما هو الشرط حال فواته فلا تصدق

وانما لم نأت فى التقسيم بالشىء الذى لا يعلم الا من جهة الزوج لان حكمه فى غاية الوضوح وهو ان القول قوله وان كذبته الزوجة لان التعليق فى هذه

الحالة صورى وفى الحقيقة هو تنجيز فاذا قال رجل لزوجته ان كنت أحب كذا فانت على حرام ثم قال أنا أحبه بانت منه وان كذبته لان محبة هذا الشىء لانعلم الا من جهته وقد أخبر بها والظاهر من أخباره انها كانت موجودة وقت التعليق فيكون مدلول فعل الشرط محققاً لديه فكانه قال لها انت على حرام خصوصاً وان التكذيب لافائدة فيه لانه يملك انشاء الطلاق

واعلم انه لاينبغى للرجال ان يعلقوا طلاق أزواجهم على شىء لامساس له بحقوق الزوجية كطلوع الشمس أو مجىء الغد أومحبة العذاب أو بغض النعيم لان هذا يعد حمقا وسفاهة عند العقلاء فاللائق بالعاقل ان يعلق طلاق زوجته على شىء بحيث لو أتت به لايرضاها زوجة له كتكليمها لشخص لاثقة له به وخروجها من بيته بغير اذنه وذهابها الى محل فيه شبهة وايذاء أولاده واسرافها فى ماله — انظر مادة (٢٥٩)

﴿ الفصل الرابع ﴾

(فى تفويض الطلاق للمرأة)

اعلم ان كل شخص يملك تصرفا من التصرفات له ان يتولاه بنفسه وله ان يقيم غيره مقامه ليفعله ولاشك فى أن الزوج يملك طلاق زوجته متى كان أهلا لايقاع

(مادة ٢٥٩) ما لا يعلم وجوده الا من المرأة فلاتصدق الا فى حق نفسها خاصة فان علق طلاقها وطلاق ضرتها على حيضها فقالت حضت ولم يصدقها الزوج طلقت هى باقرارها دون ضرتها . وان كان الحيض قد انقطع عنها فلا يقبل قولها

الطلاق فحينئذ له أن يوقعه بنفسه وله أن ينيب غيره ليوقعه وهذا الغير اما ان يكون غير الزوجة واما أن يكون هو الزوجة المراد ايقاع الطلاق عليها فان كان غيرها سميت هذه الانابة توكيلا وان كانت هي الزوجة سميت الانابة تفويضاً لان غيرها يكون عاملا لغيره وهي عاملة لنفسها وهذا هو الفرق بين التوكيل والتفويض ولهذا لو أمر رجل زوجته بايقاع الطلاق على نفسها وعلى ضرتها كان هذا الامر بالنسبة اليها تفويضاً وله ضرتها توكيلا وكل من التوكيل والتفويض له أحكام تخصه فالوكيل له أن يتولى الموكل فيه سواء كان في مجلس التوكيل أو بعده ويملك الموكل عزل الوكيل في أي وقت شاء اذا لم يتعلق بالتوكيل حق الغير بخلاف المفوض اليه فانه لا بد أن يباشر الشيء في المجلس ولا يملك المفوض الرجوع عن التفويض قبل الجواب لان التفويض تمليك يخص المفوض اليه وهذه التمليكات تقتضي الجواب في المجلس كما اذا قال شخص لآخر بعت لك هذا البيت بالف جنيه مثلا فلا بد من أن يجيب عن هذا الايجاب في المجلس الذي صدر فيه حتى لو قام أو وجد منه ما يدل على الاعراض لم يصح قبوله

وينبني على هذا أن الزوج اذا أمر زوجته بايقاع الطلاق على نفسها سواء كان بتخييرها نفسها أو بجعل أمرها بيدها أو بتعليق الطلاق على مشيئتها فليس له أن يرجع قبل جوابها وليس لها أن توقع الطلاق بعد المجلس الذي علمت فيه بهذا التفويض ما لم يكن مؤقتاً بوقت او كان هناك ما يدل على عدم التوقيت بالمجلس كقوله اختاري نفسك في أي وقت شئت — انظر مادة (٢٦٠)

(مادة ٢٦٠) للزوج ان يفوض الطلاق للمرأة ويملكها اياه اما بتخييرها نفسها وجعل امرها بيدها او بتفويضه لمشيئتها ولا يملك الزوج الرجوع عن التفويض بعد ايجابه قبل جواب المرأة

وتفويض الطلاق للمرأة يكون بأحد أمور ثلاثة الاول التخيير بان يقول لها اختاري نفسك . الثاني الامر باليد بان يقول لها أمرك بيدك . الثالث تعليق صريح الطلاق على مشيئتها بان يقول لها طلقي نفسك ان شئت فالاول والثاني من كنايات الطلاق والثالث من صريحه

فمتى قال الرجل لزوجته اختاري نفسك أو أمرك بيدك ناويا تفويض الطلاق اليها فقد ملكها اياه فهي حينئذ مخيرة بين عدم ايقاع الطلاق الذي فوضه اليها وبين ايقاعه ولا يشترط دائماً أن يكون الايقاع في مجلس التفويض لان ذلك يختلف باختلاف صيغته وحضور الزوجة وغيبتها وبيانه ان الزوجة اما ان تكون موجودة في مجلس التفويض أو غير موجودة وعلى كل فاما ان يكون التفويض مطلقاً أو مؤقتاً بوقت معين او فيه ما يدل على التعميم فالصور ستة وكل منها له حكم يخصه

فالاولى وهي ان تكون حاضرة في مجلس التفويض وكان مطلقاً بأن قال لها اختاري نفسك أو أمرك بيدك ناوياً الطلاق فليس لها ان توقعه الا في هذا المجلس ولو طال زمنه فان قامت منه بطل خيارها وليس قيامها هو الوحيد في ابطال خيارها بل لو وجد منها ما يدل على الاعراض ولو كان في المجلس بطل خيارها أيضاً

والثانية ان تكون حاضرة في مجلس التفويض وهو مؤقت بوقت معين كما اذا قال لها اختاري نفسك في ظرف عشرة أيام مثلا فلا يتقيد بالمجلس بل لها ان تختار نفسها ما دام الزمن الذي عينه لم ينقض فان انتهى بطل خيارها لانه ملكها شيأ في زمن مخصوص فلا يثبت لها في غيره.

والثالثة ان تكون حاضرة في مجلس التفويض وفيه ما يدل على التعميم

كما اذا قال لها أمرك بيدك متى شئت فلا يتقيد بالمجلس أيضاً بل لها أن تختار نفسها فى أى وقت شاءت كما يقتضيه التفويض

والرابعة ان تكون غائبة والتفويض مطلق كما اذا قال جعلت أمر زوجتى فلانة بيدها ناويا تفويض الطلاق اليها فلا يتقيد بهذا المجلس بل بالمجلس الذى علمت فيه ولو طال زمن عدم العلم

والخامسة ان تكون غائبة والتفويض مؤقت بوقت معين فان بلغها قبل مضى الوقت فلها ان توقع الطلاق ما دام الوقت باقياً وان بلغها بعد مضيه بطل خيارها لانه فوضه اليها فى وقت مخصوص فلا يثبت فى غيره

والسادسة ان تكون غائبة وفيه ما يدل على التعميم كما اذا قال جعلت أمر زوجتى بيدها متى شاءت فلا يتقيد بمجلس علمها بل لها أن تطلق نفسها فى أى وقت شاءت كما هو مقتضى التفويض — انظر مادة (٢٦١)

والتفويض لا يوجب على المرأة أن توقع الطلاق بل تخير بين ايقاعه وعدمه ولذا لو قالت اخترت زوجي لم يقع . ولو قالت اخترت نفسي أو طلقت نفسى فى الزمن الذي تملك ذلك فيه كما عرفته فى شرح المادة السابقة وكان التفويض بالتخيير أو الامر باليد فاما ان ينوي الزوج طلقة واحدة أو اثنتين أو ثلاثا فان نوى واحدة أو اثنتين فلا تقع الا واحدة بائنة وان نوى ثلاثا فان كان التفويض بلفظ الامر باليد وقع مانوى وان كان بلفظ التخيير فلا تقع الا واحدة بائنة فان صرح بالثلاث فى التخيير وطلقت وقع الثلاث وانما كانت الطلقة الواقعة بائنة لان التخيير ينبىء عن الخلاص من ذلك الملك وهو لا يكون الا بالبينونة اذ لو كان الواقع رجعياً لما حصلت فائدة

(مادة ٢٦٦) اذا قال الزوج لامرأته اختاري نفسك أو أمرك بيدك ناوياً

التخيير لان له ان يراجعها شاءت أو أبت

وانما لم تصح نية الثلاث فى قوله اختاري وصحت فى الامر باليد لان الاختيار ينبيء عن الخلاص وهو غير متنوع بخلاف ماإذا قال لها انت بائنة ونوى ثلاثا فانها تقع لان البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فايهما نوى صحت نيته وبخلاف الامر باليد لانه ينبيء عن التمليك وضعاً بصيغة العموم كقوله تعالى (والامر يومئذ لله) وقوله (قل أن الامر كله لله) وهو مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص فاذا نوى الثلاث فقد نوى تمليك جميع ماعلك وهو محتمل لفظه فيجوز. كذا قالت الحنفية وغيرهم يقول يقع مانوى سواء كانت واحدة أو اثنتين أو ثلاثا بأى لفظ كان كما تقدم لك نظيره فى شرح مادة (٢٢٨) ومذهب غير الحنفية هو الظاهر — انظر مادة (٢٦٢)

فقد علمت ان التفويض يكون بالتخيير وبالامر باليد وبصريح لفظ الطلاق معلقا على مشيئة المرأة وان الاول والثانى كناية فلا بد من النية أو دلالة الحال وأما الثالث فانه صريح فاذا قال رجل لزوجته طلقي نفسك فطلقت فى الوقت

تفويض الطلاق اليها فلها أن تختار نفسها ما دامت فى مجلس علمها مشافهة ان كانت حاضرة أو اخباراً ان كانت غائبة ولو طال المجلس ماطالما لم تقم أو تعرض فان قامت منه قبل صدور جوابها أو أتت قبله بما يدل على اعراضها بطل خيارها ما لم يكن التفويض معلقاً بمشيئتها بأداة تفيد عموم الوقت أو مؤقتاً بوقت معين فان كان معلقاً بمشيئتها بأداة تفيد العموم فلها اختيار نفسها متى شاءت وان كان مؤقتاً فلا يبطل خيارها الا بمضي الوقت حتى لو كانت غائبة ولم تعلم بالتفويض الا بعد فوات الوقت المعين فلا خيار لها

(مادة ٢٦٢) اذا قالت المفوض اليها الاختيار أو التي جعل أمرها بيدها فى مجلس علمها اخترت نفسي أو طلقت نفسي بانت بواحدة سواء نوى الزوج بذلك واحدة او ثنتين وتصح نية الثلاث في الامر باليد ولا تصح في التخيير .

الذى تملك فيه ذلك كما علمته فى شرح مادة (٢٦١) وقع الطلاق رجعيا سواء نوى أولم ينو لان الصريح لايحتاج فيه الى النية — انظر مادة (٢٦٣)

وعندما يفوض الزوج الطلاق لزوجته بصريح لفظ الطلاق لايخلو الحال من أحد أمرين الاول ان يكون التفويض مرسلا أى غير مقيد بصريح المشيئة كقوله طلقي نفسك واحدة الثانى ان يكون مقيدا بها كطلقى نفسك ثنتين ان شئت وعلى كل فاما ان توقع الزوجة مافوضه اليها أو تخالف فان خالفت فاما ان تكون المخالفة فى العدد أو فى الوصف فان كانت فى العدد فاما ان تكون باقل أو باكثر وكل صورة من هذه الصور لها حكم يخصها

فان كان التفويض مرسلا بان قال لها طلقى نفسك واحدة أو طلقى نفسك ثنتين أو ثلاثا فان وافقت بان أوقعت واحدة في الاول وثنتين فى الثانى وثلاثا فى الثالث وقع ماأوقعته لاتفاقهما عليه

وان خالفت فى العدد وكانت المخالفة بأقل كما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة أو اثنتين وقع ماأوقعته اتفاقا لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة لان من ملك شيأ ملك كل جزء من أجزائه . وان كانت المخالفة بأكثر بان قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثنتين أو ثلاثا فقال الامام لايقع شيء وقال الصاحبان تقع الواحدة التى فوضها الزوج لها واستدلا بانها أتت بما تملكه وزيادة فتقع ماتملكه وتلغو الزيادة وهذا نظير ما اذا طلقها الزوج ألفا فانه يقع ثلاث لانه أتى بما يملك وبما لم يملك

(مادة ٢٦٣) اذا فوض الطلاق لمشيئة المرأة وقال لها بصريح لفظه طلقى نفسك فطلقت فى المجلس تقع واحدة رجعية

فيقع ما تملك ويلغو الزائد — واستدل أبو حنيفة بأنها أتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة لا ممتثلة لامره وسببه ان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وهي مثله في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث اما في هذه المسئلة فلا تملك الثلاث ولا الثنتين فلم تأت بما فوض اليها فيلغو الكل والظاهر من الدليلين مذهب الصاحبين — انظر مادة (٢٦٤)

وان خالفت في الوصف وكان التفويض مرسلا أيضا بان أمرها بائن فأوقعت رجعيا او بالعكس وقع ما أمر به الزوج اتفاقا ويلغو ما وصفت به لكونها مخالفة فيه وسبب هذا ان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فاحتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصارت كأنها اقتصرت على الاقل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا أو رجعيا

وان كان التفويض مقيداً بصريح المشيئة بان قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت او ثنتين أو ثلاثا ان شئت فان وافقت فالامر ظاهر وان خالفت في العدد فان كانت المخالفة بأقل كما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة أو ثنتين فلا يقع شيء اتفاقا لان معناه ان شئت الثلاث فصارت مشيئة الثلاث شرطا لوقوعه وهي بايقاع الواحدة او الثنتين لم تشأ الثلاث فلم يوجد

(مادة ٢٦٤) المخالفة في أصل العدد تبطل الجواب لو خالفت بأكثر لا بأقل فاذا فوض الزوج للمرأة تطليقة واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً فلا يقع شيء . ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً أو ثنتين فطلقت واحدة وقعت الواحدة

الشرط فلا يقع شيء . وان كانت المخالفة بأكثر كما اذا قال لها طلق نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثاً فقال الامام لا يقع شيء لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة وقال الصاحبان تقع واحدة لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط فتقع والظاهر مذهب الامام

وان خالفت فى الوصف فى هذه الحالة بأن قال لها طلق نفسك بائناً ان شئت أو طلق نفسك رجعياً ان شئت فطلقت رجعياً فى الاول وبائناً فى الثانى فلا يقع شيء اتفاقاً لان معناه ان شئت البائن أو الرجعى فاوقعيه فاذا شاءت غيره فقد أتت بغير المفوض لها فلا يقع شيء — انظر مادة (٢٦٥)

الفصل الخامس

فى طلاق المريض

اعلم ان تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح فان الثانى اذا وهب أو تصدق أو باع شيئاً من أملاكه بأنقص من قيمته أو اشترى شيئاً بأكثر منها ولم يكن محجوراً عليه لصغر أو سفه مثلا جازت كل هذه التصرفات من كل ماله فليس لاحد حق فى المعارضة بخلاف المريض فان هذه التصرفات ان كانت لوارث فلا تنفذ الا باجازة بقية الورثة ولو كان الشيء المعطى له اقل من ثلث المال وان كانت لغير وارث فلا تنفذ الا من الثلث اذا لم تجز الورثة . وان

(مادة ٢٦٥) المخالفة فى الوصف لا تبطل الجواب بل يبطل الوصف الذى به المخالفة ويقع على الوجه الذى فوض به الزوج فلو أمرها ببائن فخالفت أو برجعى فعكست الجواب فانه يقع ما أمر به وهذا اذا لم يكن الطلاق معلقاً بمشيئتها فان كان معلقاً بمشيئتها وخالفت فى الوصف بطل الجواب رأساً وكذا لو خالفت فى العدد ولو باقل

طلق الصحيح زوجته طلاقا بائناً ومات فى عدتها فليس لها حق فى الميراث لزوال العصمة بخلاف المريض فانها ترثه لانه والحالة هذه يكون فارا (هاربا) من ارثها فيرد عليه قصده فترثه ان مات وهى فى العدة

ولكن ليس كل مريض يكون حكمه ما ذكر بل المريض مرض الموت وقد اختلفوا فيه على أقوال كثيرة والمعول عليه منها أنه هو المرض الذى يكون الغالب فيه موت المريض ويعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت بعد ان كان قادرا عليها وهذا يختلف باختلاف الاشخاص بالنسبة لوظائفهم كالسوقى والكاتب والمدرس والقاضى ولا يشترط فيه ان يقعد صاحبه فى الفراش وهذا فى حق الرجل وأما فى حق المرأة فهو المرض الذى يكون الغالب فيه موتها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت فلا بد فى مرض الموت بالنسبة لهما من أمرين وهما غلبة الهلاك منه والعجز عن القيام بالمصالح فاذا حصل العجز المذكور من المرض وانتفت غلبة الموت فلا تسرى عليه الاحكام المتقدمة فاذا عجز كل منهما عن القيام بمصالحه بسبب الرمد أو كسر رجل مثلا فلا يعد هذا مرض موت لانتفاء غلبة الهلاك — انظر مادة(٢٦٦)

وليس المريض وحده هو الذى تسرى عليه الاحكام المتقدمة بل هناك اصحاء يلحقون به وهم من كانوا فى حالة يخاف عليهم الهلاك فيها غالبا فان الاحكام السارية على المريض مرض الموت تسرى عليهم ويبنى على هذا أنه اذا تبارز

(مادة ٢٦٦) المرض الذى يصير به الرجل فارًا بالطلاق من توريث زوجته ولا تنفذ تبرعاته الا من الثلث هو الذى يغلب عليه فيه الهلاك ويعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت بعد ان كان قادرا عليه سواء اقعده فى الفراش أو لم يقعده

رجلان أو حكم على شخص بالاعدام لارتكابه جريمة القتل مثلا وقدم ليقتص منه او كان شخص فى سفينة تلاطمت عليها الامواج وخيف غرقها ومن باب اولى ما اذا غرقت بالفعل أو افترس سبع شخصا وبقى حيا فى فمه وتصرف كل منهم فى هذه الحالة بتصرف فيه تبرع فلا ينفذ الا من الثلث ان كان لغير وارث ولم تجز الورثة فان أجازت نفذ من الكل وان كان لوارث فلا ينفذ الا باجازة باقى الورثة ولو كان أقل من الثلث ومثل هذا ما اذا أبان امرأته فانها ترثه ان مات فى هذه الحالة وهى فى العدة لان الغالب فى هذه الاحوال الهلاك فيتحقق به الفرار (الهروب) من الارث فيرد عليه قصده وترثه — انظر مادة (٢٦٧)

وبعض الامراض لا يستمر طويلا كالتيفوس فان من مرض به يبرأ او يموت فى زمن غير بعيد فلو تصرف صاحبه فان صح أو مات سرت عليه أحكام الاصحاء أو المرضى وبعضها قد يمكث زمنا طويلا كالسل والفالج فاذا تصرف المريض بواحد منها اختلفت الاقوال فى اعتباره صحيحا أو مريضا مرض الموت فبعضهم يقول مادام يزداد ما به فالغالب عليه الهلاك فيعتبر مريضا مرض الموت وان لم يزدد فكالصحيح . ومن قائل ان لم يرج برؤه بتداو فهو مريض وان كان يرجى فهو صحيح وبعضهم يقول لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت اعتبر المريض صحيحا وهؤلاء اختلفوا فى حد التطاول فبعضهم اعتبره سنة وبعضهم اعتبر العرف وبعضهم يقول ان لم يصر صاحب

(مادة ٢٦٧) من يخاف عليه الهلاك غالباً كمن خرج من الصف يبارز رجلا أو قدم للقتل من قصاص او خاف الغرق فى سفينة تلاطمت عليها الامواج حكمه حكم المريض الغالب عليه الهلاك

فراش فهو صحيح والا فهو مريض وبعضهم يقول غير ماذكر ولكن المعول عليه منها انه مادام يزداد ما بهم من العلة فحكمهم كالمريض فان قدمت العلة بان تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في أحوالهم تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصحيح فاذا وهب واحد منهم أو باع شيأ من أملاكه بنصف قيمته مثلا أو اشترى شيأ بضعف قيمته نفذ من كل المال وليس لاحد حق في معارضته وان طلق زوجته طلاقا بائنا فلا يعد فاراً (هاربا) من ارثها فاذا مات وهي في العدة فلا ترثه — انظر مادة (٢٦٨)

فقد علمت مما تقدم أن من كان مريضاً مرضاً يغلب عليه الموت منه أو واقعاً في حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالباً وطلق امرأته طلاقا بائناً وهو كذلك ورثته لانه يعتبر هاربا من ارثها فيجعل عقد الزواج باقياً ويرد عليه قصده فترثه ولكن لا تستحق الارث الا بشروط — الاول ان يوقع الطلاق المذكور طائعا فلو كان مكرهاً فلا ترث لانه مضطر في ايقاعه فليس له قصد سيء حتى يرد عليه . الثاني ان يكون بغير رضاء الزوجة فلو طلبت منه الطلاق البائن مختارة فاوقعه فلا ترث لانها رضيت باسقاط حقها . الثالث ان يموت في هذا المرض أو وهو على تلك الحالة سواء كان بذلك السبب أو بغيره بان قتل في مرضه فان برىء الزوج أو زالت عنه تلك الحالة ثم مات بعلة أو حادثة أخرى وهي في العدة فلا ترثه وبعضهم يقول لا ترثه الا اذا مات بالسبب الذي

(مادة ٢٦٨) المقعد والمسلول والمفلوج ما دام يزداد ما بهم من العلة فحكمهم كالمريض فان قدمت العلة بان تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغير في أحوالهم فتصرفاتهم بعد السنة في الطلاق وغيره كتصرفات الصحيح

ظن موته به اذ مرض الموت هو ما يكون سببا له ولم يوجد والاول يقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض موته وان حقها لم يكن ثابتا فى ماله فترث

الرابع ان يموت والمرأة فى العدة فلو مات بعد انقضائها فلا ترث لان سبب الارث يمكن اعتباره فى العدة لا بعدها لان الزوجية سبب ارثها فى مرض موته والزوج قصد أبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن اذ النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الاحكام فجاز أن يبقى فى حق ارثها منه بخلاف ما اذا مات بعد انقضاء العدة لانه لا سبيل الى التوريث اذ لم يعد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها . وورد التصريح بذلك عن عمر وعائشة وابن مسعود وغيرهم . والعدة بالنسبة لها تعتبر بابعد المدتين اعنى مدة عدة الوفاة وعدة الطلاق فلو كانت من ذوات الحيض فان كانت تحيض ثلاث حيض فى أقل من أربعة أشهر وعشرة ايام اعتدت عدة الوفاه لانها أبعد المدتين وان كانت الحيض الثلاث تستغرق أكثر من هذا الزمن اعتبرت بالحيض

الخامس ان تكون مستحقة للميراث وقت الطلاق فان كانت غير مستحقة كما اذا كانت رقيقة أو كتابية ثم عتقت أو أسلمت قبل موته فلا ترث لعدم قصده الحرمان من الارث اذ هو غير ثابت فى هذه الحالة لوجود المانع منه وهو الرق فى الاول واختلاف الدين فى الثانى

السادس أن تستمر اهليتها من وقت الابانة الى وقت الموت فلو وجدت الاهلية عند الابانة والموت ولكنها انقطعت اثناء الزمن الفاصل بينهما فلا ترث .

فاذا أبانها وهى مسلمة فارتدت وأسلمت ومات وهى فى المدة فلا تستحق الميراث لانها بردتها سقط حقها فلا يعود بالاسلام اذ الساقط لا يعود

ومن هذا يظهر لك ان التوارث فى هذه الحالة لا يكون من الجانبين بل هي التى ترثه ان مات فى عدتها فاذا ماتت هى فى العدة فلا يرثها لانه أسقط حقه بهذا الطلاق البائن لانه يزيل أحكام النكاح

وقال الشافعى رحمه الله لا ترث المبانة مطلقاً أى سواء كانت الابانة فى حال الصحة أو فى حال المرض

واستدل بان السبب وهو الزوجية قد ارتفع قبل الموت بالطلاق البائن فصار كما لو طلقها قبل الدخول بها اذ سبب الارث شيئان وهما الزوجية أو النسب وقد انعدما قبل الموت فصار كما لو طلقها فى صحته

واستدلت الحنفية بما روى ان سيدنا عثمان بن عفان ورّث تماضر بنت الاصبغ امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان قد أبانها فى مرضه بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فكان اجماعاً ولان الزوجية سبب ارثها فى مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى انقضاء العدة لبقاء بعض الاحكام كما ردت تبرعاته فى حق الدائن والوارث وكما رد قصد القاتل فلم يرث من المقتول بخلاف ما اذا ماتت هى فانه لا يرثها لان الزوجية فى هذه الحالة ليست بسبب ارثه منها لا سيما اذا رضى هو بعدم الارث ولا يمكن ابقاء السبب بعد انقضاء المدة لانه يؤدى الى توريثها من زوجين فيما لو تزوجت بعد انقضاء العدة والى توريث أكثر من أربع نسوة من رجل واحد فيما اذا كان متزوجا أربعاً وطلق احداهن وبعد انقضاء المدة تزوج

بغيرها ثم مات وان كان بعض الائمة يقول به — انظر مادة (٢٦٩)

فالذى ظهر من الشروط المتقدمة لتوريث المطلقة طلاقا بائنا فى حالة يغلب على الزوج فيها الهلاك سواء كان مرضاً أو غيره ان كل مسئلة يظهر فيها ان غرض الزوج حرمان زوجته من الارث ترث وكل مسئلة لا يظهر فيها ذلك لا ترث وينبنى على ذلك ان المرأة ترث زوجها اذا مات وهى فى العدة وكانت مستحقة للميراث فى الصور الآتية .

الاولى اذا طلبت من زوجها وهو مريض مرض الموت ان يطلقها رجعيا فطلقها بائناً سواء كانت البينونة صغرى أو كبرى لان الطلاق الرجعى الذى سألته لا يزيل النكاح فلا يمنع من الميراث فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها فاذا خالف وأوقع البائن دل ذلك على ان غرضه حرمانها من الارث فيرد عليه قصده فترث .

الثانية اذا لاعنها فى مرضه وفرق بينهما سواء كان القذف الموجب للعان حصل فى حال الصحة أو فى حال المرض والتفريق بعد اللعان وان كان لها دخل فيه لانه لا يحصل الا بعد صدوره منهما لكنها مضطرة لدفع عار الزنا عن نفسها فيضاف سبب الفرقة اليه لا اليها فلا يسقط حقها فى الميراث وسيأتى اللعان فى شرح مادة (٣٣٤) وما بعدها

(مادة ٢٦٩) من كان مريضا مرضا يغلب عليه الموت منه أو واقعا فى حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالبا وأبان امرأته وهو كذلك طائعا بلا رضاها ومات فى المرض وهو على تلك الحالة بذلك السبب أو بغيره والمرأة فى العدة فانها ترث منه اذا استمرت أهليتها للارث من وقت الابانة الى الموت فان برىء الزوج من مرضه أو زالت عنه تلك الحالة ثم مات بعلة أو حادثة أخرى وهى فى العدة فانها لا ترثه

الثالثة اذا آلى منها وهو مريض ومضت مدة الايلاء فى المرض حتى بانت منه بعدم قربانها لان الايلاء بمنزله تعليق الطلاق بمضى الزمان فكانه قال لها اذا مضى أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت بائن فكان يمكنه أن يقربها فى المدة ويكفر عن يمينه فاذا لم يقربها دل ذلك على قصده حرمانها من الارث فيرد عليه قصده ولا بد أن يكون الايلاء فى المرض فلو كان فى حال الصحة ومضت المدة وهو مريض حتى بانت منه ومات فى العدة لم ترث لعدم قصده حرمانها من الارث اذ المرض الذى يعقبه الموت المترتب عليه الارث غير موجود وقت الايلاء وقد تقدم ذلك الايلاء فى شرح مادة (٢٤٥) — انظر مادة (٢٧٠)

وينبنى على الاصل المتقدم فى أول شرح هذه المادة أن المرأة لا ترث زوجها فى المسائل الآتية

الاولى اذا أكره الزوج على ابانتها بوعيد تلف بان قال له شخص ان لم تطلق زوجتك طلاقا بائنا أوقعت بك كذا من الاذى لانه فى هذه الحالة ليس عنده قصد سيء حتى يرد عليه فلا ترث . الثانية اذا طلبت المرأة منه ان يطلقها بائنا ففعل اذ بطلبها الطلاق البائن مع علمها بأنه يزيل أحكام النكاح ويترتب عليه عدم الارث قد رضيت باسقاط حقها فلا

(مادة ٢٧٠) ترث المرأة أيضا زوجها اذا مات وهى فى العدة وكانت مستحقة للميراث فى الصور الآتية

(الاولى) اذا طلبت من زوجها وهو مريض ان يطلقها رجعياً فأبانها بما دون الثلاث أو بثلاث

(الثانية) اذا لاعنها فى مرضه وفرق بينهما

(الثالثة) اذا آلى منها مريضاً ومضت مدة الايلاء فى المرض حتى بانت منه بعدم قربانها

ترث لكن يشترط أن تكون مختارة فى هذا الطلب فلو أكرهت عليه فلا يسقط حقها اذ الرضا بعدم الارث غير موجود لان الاكراه يعدم الرضا فلا يسقط حقها فى الميراث فلو سألته الطلاق الرجعى ورثت لانه لا يزيل الملك فلا يسقط حقها فى الميراث فلم تكن راضية باسقاط حقها .

الثالثة اذا طلقها رجعياً وبعده قبلت واحداً من أصوله أو فروعه بشهوة أو مكنته من نفسها فان كلا منهما يترتب عليه حرمة المصاهرة فصارت محرمة على زوجها كما تقدم فى شرح مادة (٢٥) فتكون هى التى باشرت سبب الفرقة والزوج وان أوقع الطلاق قبل ذلك الا أنه رجعى وهو لا يزيل الملك ولا الحل فيضاف سبب الفرقة اليها لا اليه فلا ترث ولا فرق بين أن يكون التمكين برضاها أو بغيره لانه ان كان باختيارها فقد رضيت بابطال حقها وان كانت مكرهة لم يوجد من الزوج ابطال حقها المتعلق به الارث لوقوع الفرقة بفعل غيره حتى اذا كان هو المكره لها على التمكين ورثت لانه بذلك ينتقل اليه فيصير كالمباشر فكأنه هو الذى باشر سبب الفرقة ويعلم حكم ما اذا فعلت باحد أصول الزوج وفروعه قبل حصول الطلاق ما يوجب حرمة المصاهرة مما تقدم بالاولوية وهو أنها لا ترث لانه اذا سقط حقها بهذا الفعل بعد الطلاق الرجعى فمن باب أولى سقوط الحق اذا حصل قبل الطلاق .

الرابعة اذا آلى منها وهو صحيح فرض ومضت مدة الايلاء وهو مريض فاذا قال رجل لامرأته وهو صحيح والله لا أقربك أربعة أشهر ثم مرض ومضت هذه المدة بانت منه فاذا مات وهى فى العدة فانها لا ترثه لعدم قصده حرمانها من الارث وقت الايلاء لان المرض الذي يعقبه الموت الذي هو

شرط فى الارث غير موجود وقت الايلاء والزوج وان كان متمكناً من ابطاله بقربانها فى المدة لكن تمكنه لا يكون خاليا عن ضرر يلحق به وهو كفارة اليمين فلم يكن متمكناً مطلقاً فلا يقال أنه هارب من ارثها

الخامسة أن يكون لها دخل فى سبب الفرقة كالخلع فاذا قال لها خالعتك فى نظير عشرين جنيهاً وقبلت وقع الطلاق البائن ولزمها المال فلو مات فى عدتها لم ترثه لانها اذا لم ترض بدفع بدل الخلع فلا يقع الطلاق فرضاها به يبطل حقها . ومثله التخيير فاذا قال لها اختارى نفسك فاختارت ومات فى عدتها فلا ترثه اذ باختيارها نفسها قد رضيت باسقاط حقها لانها اذا لم تختر نفسها فلا يقع الطلاق حتى اذا وجد دليل عدم الرضا بان اكرهت على قبول بدل الخلع او اختيارها نفسها فلا يسقط حقها ومثله اختيارها نفسها بالبلوغ بأن زوجها غير الاب والجد وهى صغيرة وكان الزوج كفأ والمهر مهر المثل فان الزواج فى هـذه الحالة صحيح ولكن اذا بلغت فلها أن تختار نفسها وتفسخ العقد فاذا كان هذا الاختيار وزوجها مريض مرض الموت ومات فى عدتها فلا ترثه لانها بهذا الاختيار أسقطت حقها فى الميراث

ومثل الفرقة بالاختيار الفرقة بالجب والعنة فاذا وجدت المرأة زوجها مجبوبا أو عنيناً ورفعت الامر الى القاضى طالبة الفرقة وكان هذا الطلب فى مرض موته وفرق بينهما ومات فى عدتها فلا ترثه لان الفرقة جاءت من قبلها

السادسة اذا كانت الزوجة غير مستحقة للميراث وقت الابانة ثم استحقته بعدها فاذا ابان المريض مرض الموت زوجته الكتابية فأسلمت ومات وهى فى العدة فانها لا ترثه اذ مبني التوريث على فراره منه فيرد عليه قصده وفي

هذه الحالة ليس هاربا من الارث اذ هى غير مستحقة له وقت الابانة ومثله ما اذا كانت مستحقة للارث وقت الابانة ووقت الموت ولكنها خرجت عن الاستحقاق فى الزمن الفاصل بينهما كما اذا طلقها مسلمة فخرخت عن الدين الاسلامى ثم أسلمت ومات فانها لا ترث اذ بردتها سقط حقها فى الميراث لان المرتد لا يرث احداً وباسلامها لا يعود حقها لان الساقط لا يعود

السابعة اذا أبان الرجل زوجته وهو غير مريض فى حالة لا يغلب فيها الهلاك وذلك يكون فى مسائل . الاولى أن يكون محبوساً بقصاص بأن اتهم بالقتل فقبض عليه وأودع السجن ويظهر ان هذا قبل الثبوت والحكم عليه وان كان قولهم أوقدم لقتل يخالفه . الثانية ان يكون محصوراً بالعدو فى حصن الثالثة أن يكون فى صف القتال . الرابعة أن يكون فى سفينة قبل خوف الغرق الخامسة أن يكون الطلاق فى وقت فشو الوباء . السادسة أن يكون متشكياً من الم ولكنه قائم بمصالحه خارج البيت لان هذا لم يخل منه انسان فى الاغلب وما شاكل هذا من الاحوال التى لا يغلب فيها الهلاك لان المرأة انما ترث اذا مات زوجها وهى فى عدة الطلاق البائن اذا كان فاراً (هارباً) من ارثها وانما يثبت حكم الفرار اذا تعلق حقها بماله ولا يتعلق به الا اذا كان فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك كما تقدم فما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار اذ المحصور والذى فى صف القتال الغالب عليه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت حكم الفرار وقس على هذا غيره من المسائل المتقدمة - انظر مادة (٢٧١)

(مادة ٢٧١) لا ترث المرأة من زوجها فى الصور الآتية

وكل الاحكام المتقدمة بالنسبة للرجل تسرى على المرأة فاذا باشرت سبب الفرقة وهى مريضة مرض الموت بان كانت لا تقدر على القيام بمصالحها داخل البيت أو وهى صحيحة ولكنها فى حالة يغلب فيها الهلاك وماتت فى العدة ورثها الزوج . وينبنى على ذلك انها ان اختارت نفسها بالبلوغ بان زوجها غير الاب والجد وكان الزوج كفأ والمهر مهر المثل فبلغت وهى فى حالة يغلب الهلاك فيها واختارت نفسها وماتت فى العدة ورثها . وأنها اذا فعلت بأحد أصول زوجها أوفروعه ما يحرمها على الزوج بان مكنته من نفسها أو قبلته بشهوة طائعة مختارة وماتت فى العدة ورثها . وأنها اذا ارتدت وماتت فى العدة ورثها لانها والحالة هذه تكون فارة من ارثه فيرد عليها قصدها كما رد عليه قصده اذا باشر سبب

(الاولى) اذا أكره الزوج على ابانتها بوعيد تلف

(الثانية) اذا طلبت هى منه الابانة طائعة مختارة

(الثالثة) اذا طلقها رجعيا أولم يطلقها وفعلت مع ابنه مايوجب حرمة المصاهرة أو مكنته من نفسها طوعا أو كرها بغير تحريض أبيه

(الرابعة) اذا آلى منها فى صحته وبانت فى مرضه

(الخامسة) اذا اختلعت المرأة منه برضاها أو اختارت نفسها بالبلوغ أو وقع التفريق بينهما بالعنة أو نحوها بناء على طلبها

(السادسة) اذا كانت المرأة كتابية وقت ابانتها ثم أسلمت بعدها أو كانت مسلمة وقت الابانة ثم ارتدت ثم أسلمت قبل موته فاسلامها فى هذه الصورة لايعيد حقها فى الميراث منه بعد سقوطه بردتها

(السابعة) اذا أبانها وهو محبوس بقصاص أو وهو محصور فى حصن أو فى صف القتال أو فى سفينة قبل خوف الغرق أو فى وقت فشو الوباء أو وهو قائم بمصالحه خارج البيت متشكيا من ألم

الفرقة وهو فى الحالة المذكورة . وأنها اذا باشرت سبب الفرقة فى حالة لا يغلب فيها الهلاك وماتت فى العدة لا يرثها اذ ليس لها قصد سيء حتى يرد عليها — انظر ماده(٢٧٣)

﴿ الباب الثانى فى الخلع ﴾

الفرقة بين الزوجين تكون بأشياء كثيرة فتارة تكون بالطلاق وهى ان يترك الرجل حق استباحته الدائمة للمرأة مع استكمالها كل ماشرط لها من المال ان كان بعد الدخول حقيقة أو حكما وهذا أمر ينفرد به الزوج الا اذا شرط فى أصل عقد الزواج أن يكون للمرأة حق تطليق نفسها من الزوج فيراعى هذا الشرط وحينئذ متى شاءت طلقت نفسها واستردت تمليك عصمتها بدون أن يسترد هو شيئا أو ان يمتنع عن تأدية ماشرط لها حين العقد فالمفارقة بين الزوجين منظور فيها لصورة اصل عقد الازدواج وان ماشرط فى العقد مرعى وليس للزوج الا الرجحانية على المرأة بأنه اذا لم يشترط فى العقد شيء كان أمر الطلاق بيده دونها

وتارة تكون بابطال عقد الزوجيه بحيث يرد كل منهما ماتملكه بالعقد فتسترد المرأة ماملكته للرجل من أباحة نفسها له واختصاصه بها ويسترد الرجل ماجعل لها من المال أو مثله مقابلة هذه الاباحة الدائمة سواء كان كله أو بعضه بحسب مايتراضيان عليه حين ازالة عقد الزواج وهذه الفرقة تتوقف على رضا

(مادة ٢٧٣) اذا باشرت المرأة سبب الفرقة وهى مريضة لا تقدر على القيام بمصالح بيتها بان أوقعت الفرقة باختيار نفسها بالبلوغ أو بفعلها بابن زوجها مايوجب حرمة المصاهرة وماتت قبل انقضاء العدة فان زوجها يرثها

الطرفين ويسمى هذا النوع بالخلع وهو المراد هنا ومعناه في اللغة الازالة يقال خلع فلان ثوبه اذا ازاله عنه وخلع فلان زوجته اذا أزال عصمتها ولكن العرف يستعمل الخلع بفتح الخاء لازالة غير الزوجية وبضمها لازالتها

وفي اصطلاح الفقهاء ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة ولابد أن يكون بلفظ الخلع اوما في معناه كالمبارأة وقد علمت مما تقدم في سبب الطلاق أنه لا يباح في أي وقت بل عند تحقق الحاجة الى الخلاص بناء على القول المعول عليه وهو أن الاصل في الطلاق الحظر أي المنع ولا يباح الا لحاجة لان فيه كفران النعمة وقطع المودة المنوه بشرفها في قوله تعالى (ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة) وبما أن الخلع من فرق النكاح فيقال فيه ما قيل في الطلاق من أن الاصل فيه الحظر او الاباحة ويختار القول الاول للادلة المتقدمة في سبب الطلاق فاذا لم توجد حاجة اليه فلا يجوز أما اذا وجدت كما اذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز لقوله تعالى (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا أن يخافا ان لا يقيما حدود الله فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) — انظر مادة (٢٧٣)

وبما أن الخلع فيه أزالة ملك النكاح فيشترط فيه ما يشترط في الطلاق

(مادة ٢٧٣) اذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز الطلاق والخلع في النكاح الصحيح

وهو أن الزوج المخالع لا بد أن يكون بالغاً عاقلا فلو خالع الصغير زوجته فلا يصح لان طلاقه غير واقع فكذا خلعه ومثله الكبير غير العاقل كالمجنون والمعتوه فلا يصح خلع كل منهما ومثلهما من اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته

ويشترط للزوجة أن تكون محلا لايقاع الطلاق بان يكون الزواج قائماً بينها وبين زوجها أو أوقع عليها طلاقا رجعياً او بائناً في بعض الصور والمدة باقية فلو انقضت المدة لم تكن محلا للخلع وقد تقدم شرح ذلك بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٢١٧) وما بعدها فارجع اليه ان شئت — انظر مادة (٢٧٤)

ولا يشترط ذكر العوض في الخلع بل يقع صحيحاً وان لم يذكر فيه فاذا قال الزوج لزوجته خالعتك في نظير عشرين جنيهاً مثلا فقبلت وقع الطلاق البائن ولزمها المال وكذا اذا قال لها خالعتك فقبلت وقع الطلاق البائن ولا يلزمها شيء كما سيأتي موضحاً في شرح مادة (٢٨٠) ولا يشترط في صحته ان تكون الزوجة مدخولا بها بل يصح مطلقا لان كلاً منهما محل لايقاع الطلاق فتكون محلا للخلع — انظر مادة (٢٧٥)

ومتى رضي الزوجان بالخلع في نظير مبلغ معلوم وقع الطلاق البائن

(مادة ٢٧٤) يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج المخالع أهلا لايقاع الطلاق وان تكون المرأة محلا له

(مادة ٢٧٥) العوض ليس بشرط في الخلع فيقع صحيحاً به وبدونه سواء كانت المرأة مدخولا بها أم لا

ولزم الزوجة دفع المبلغ المتفق عليه سواء كان هذا المبلغ اقل مما أعطاه لها من المهر أو مساوياً له أو أكثر منه وسواء كان المتسبب فى الفرقة هو الزوج أو الزوجة أو كلا منهما

وكل هذا بالنسبة لقضاء القاضى بمعنى أنه اذا رفع الامر اليه نفذ ما اتفقا عليه قهرا عن الممتنع منهما لان كلا منهما رضى بذلك فلا حق له فى الامتناع بعد الرضا هكذا قال الفقهاء ولكن بالنسبة للديانة أى للمعاملة بين الشخص وبين الله تعالى لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة : الاول أن يكون النشوز آتياً من جهة الزوجة . الثانى أن يكون من جهتها. الثالث أن يكون من جهته فان كان الاول بان استعصت عليه وأبغضته فلم تمتثل لاوامره وطلبت الفرقة وحصل الخلع على مال معلوم فان كان أقل من المهر أو مساوياً له فلا خلاف فى جواز أخذ الزوج له . وان كان أكثر فبعضهم يقول يجوز أخذ الزائد لانها رضيت به فتؤمر باعطائه ولأن قوله تعالى (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا أن يخافا ان لا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) يدل على ذلك لأنه اذا جاز أخذ ما اتفقا عليه ولو كثر عند حصول النشوز منهما فلأن يجوز عند حصوله منها وحدها من باب أولى. وبعضهم لا يجوز أخذ الزيادة مستدلا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت ابن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعتب على ثابت فى دين ولا خلق لكنى اخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضى اياه فقال أتردين عليه حديقته التى أصدقك قالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا ولكن حديقته فاخذها وخلى سبيلها »

وان كان الثانى وهو ما اذا كان النشوز من جهتهما بأن كره كل منهما صاحبه وأراد مفارقته فالحكم كما تقدم فى الحالة الاولى بل بالاولى عند من يقول بعدم جواز أخذ الزيادة لانه اذا لم يجز اخذها مع كون النشوز منها وحدها فمن باب أولى ما اذا كان النشوز منهما .

وان كان الثالث وهو ما اذا كان النشوز من جهته فلا يجوز له أخذ شىء ولو كان قليلا لقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً) قال فى البحر والحق أن الأخذ فى هذه الحالة حرام قطعاً لقوله تعالى (فلا تأخذوا منه شيئاً) ولا يعارض بالآية الاخرى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) لان تلك اذا كان النشوز من قبله فقط والاخرى فيما اذا خافا ان لا يقيما حدود الله فليس من قبله فقط على أنهما لو تعارضا كانت حرمة الاخذ ثابتة بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفى امساكها لا لرغبة بل اضراراً وتضييقاً ليقتطع مالها فى مقابلة خلاصها من الشدة التى هى معه فيها ذلك وقال تعالى (ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه) فهذا دليل قطعى على حرمة اخذ مالها كذلك فيكون حراماً الا انه لو أخذ جاز فى الحكم أن يحكم بصحة التمليك وان كان بسبب خبيث

وأنت خبير بعد كل ما تقدم من الادلة ان العمل بالديانة أولى من العمل بالقضاء ولم لم يقض القاضى بأحكام الديانة العادلة — وبذلها العوض لا يدل على الرضا لانها تريد الخلاص منه متى اساء عشرتها بأي طريق فتكون مكرهة

فلا يحل للزوج أخذ ما التزمت به — انظر مادة (٢٧٦)

وبدل الخلع لا يشترط فيه ان يكون من الذهب أو الفضة بل الشرط ان يكون مما يصلح تسميته مهراً وهو أن يكون مالاً مقوماً سواء كان من العقار كبيت مثلا أو من المنقول كعشرين أردباً من البر أو قنطاراً من القطن أو خاتماً من الماس مثلا فاذا قالت المرأة لزوجها خالعنى فى مقابلة هذا البيت أو فى نظير هذه الارادب من القمح أو القناطير من القطن ففعل صح الخلع ووقع الطلاق البائن ولزمها ان تسلم للزوج ما عين فى العقد اذ هو مال متقوم تصلح تسميته مهراً فصحت تسميته عوضاً للخلع — ولا يشترط أيضاً فى بدل الخلع ان يكون عيناً بل يصح ان يكون ديناً وان يكون منفعة فاذا خالعها فى نظير مهرها الذى تستحقه عنده صح الخلع وسقط المهر . ومثله ما اذا كان الدين غير المهر واذا خالعها فى نظير ان تعطيه ارضها الفلانية لينتفع بها فى مدة معلومة فقبلت صح الخلع أيضاً ولزمها تسليم الارض لينتفع بها الزمن المعين

فاذا كان الشيء المشروط بدلا للخلع لا يصلح تسميته مهراً فلا يخلو حاله من أحد أمرين : الاول ان يكون عدم الصحة آتياً من جهة كونه أقل من عشرة دراهم . الثانى ان يكون آتياً من جهة كونه غير مال فى حق المسلمين كالخمر والخنزير فان كان الاول صحت التسمية لانه يقال كل ما صلح من المال ان يكون مهراً صلح ان يكون بدلا للخلع ولا يقال ما يصلح من المال ان يكون بدل خلع يصلح ان يكون مهراً بل يقال بعض ما يصلح ان يكون بدلا للخلع يصلح ان يكون مهراً فاذا خالعت المرأة زوجها فى نظير خمسة دراهم صح الخلع ولزمها هذا

---

(٢٧٦) يجوز قضاء للزوج ان يخالع زوجته على عوض أكثر مما ساقه اليها

المبلغ بلا زيادة عليه بخلاف ماذا تزوجها على هذا المبلغ فانه تكمل لها عشرة دراهم لانها أقل المهر كما تقدم

وان كان الثاني وهو ما اذا كان عدم صحة التسمية آتياً من جهة كون المسمى غير مال في حق المسلمين وقع الطلاق البائن ولا يلزمها شيء فاذا قالت امرأة لزوجها خالعني على هذا الدن من الخمر أو على هذا الخنزير فخالع وقع الطلاق بائناً ولا يلزمها المسمى ولا غيره ـ أما وجه وقوع الطلاق فلأنه معلق بالقبول وقد وجد فيقع ولا يجب عليها شيء لانها لم تسم شيئاً متقوماً لتصير غارّة له ولا وجه لالزام المسمى لانه يمنع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا وجه لالزام غير المسمى لعدم الالتزام؛ — انظر مادة (٢٧٧)

والطلاق الواقع بالخلع يكون بائناً سواء كان الخلع بمال أو بغير مال لانه ان كان بمال كما اذا قال الزوج لزوجته خالعتك في نظير خمسين جنيهاً فقبلت فالامر ظاهر لانها انما بذلت المال لتملك عصمتها والله تعالى شرع الافتداء لذلك إذ لو كان رجعياً لم يحصل الغرض الذي شرع لأجله لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك فكان يجوز للزوج مراجعتها ما دامت في العدة رضيت أو لم ترض فلم تحصل على مقصودها فوجب ان يكون بائناً . وان لم يكن بمال فالواقع بائن أيضاً لان لفظ الخلع في الاصل من الكنايات ومتى وقع الطلاق بلفظ منها كان بائناً إلا الالفاظ الثلاثة المتقدمة وليس هذا منها وبما ان البائن ينقسم الى بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى فايهما نواه صح لانه نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته

(مادة ٢٧٧) كل ما صلح من المال ان يكون مهراً صلح ان يكون بدلا للخلع

وهذا الطلاق يقع وان لم يأذن القاضي بالخلع وهو المعول عليه عند الفقهاء وذهب بعضهم الى أنه لا بد من اذنه مستدلا بقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فانه تعالى شرعه مشروطاً بخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى (فان خفتم) والاذن لا يكون الا بعد الترافع اليهم. وفي الخلع أقوال كثيرة غير المذكورة فبعضهم يقول انه فسخ لا ينقص عدد الطلاق بشرط عدم نيته وبعضهم يقول انه طلاق رجعي ولكن المعول عليه ماذكر في هذه المادة من ان الواقع به طلاق بائن ومن عدم توقفه على القضاء لقوله عليه الصلاة والسلام « الخلع تطليقة بائنة » روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود موقوفاً عليهم ومرفوعاً ألى رسول الله صلى الله عليه وسلم — أنظر مادة (٢٧٨)

والخلع لا ينفرد به أحد الزوجين بل لا بد من رضاهما لان كلاً منهما له شأن اذ به يسقط ما للزوج من الحقوق فلا بد من رضاه ويلزم الزوجة العوض فيشترط رضاها فهو كالعقود من هذه الجهة وليس اسقاطاً محضاً حتى ينفرد به الزوج فاذا قال لها خالعتك في نظير اربعين جنيهاً مثلا ولم تقبل فلا يقع الطلاق ولو قالت له اختلعت نفسي منك بكذا فلا يقع الا اذا رضى بذلك وبما أنه لا يتم إلا برضاهما فلا بد فيه من ايجاب وقبول وحينئذ فاما ان يكون الموجب هو الزوج أو الزوجة فان كان الموجب هو الزوج فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة. الاول أن يكون الخلع بلفظ المفاعلة

(مادة ٢٧٨) يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال وتصح فيه نية الثلاث ولا يتوقف على القضاء

(خالعتك) الثانى أن يكون بلفظ فعل الامر اخلعى نفسك الثالث أن يكون بلفظ الفعل الماضى خلعتك وفى كل من الاحوال الثلاثة اما أن يذكر بدلا أولا فالصور ستة فاذا كان بلفظ المفاعلة فلا يقع الطلاق الا اذا قبلت سواء ذكر بدلا أو لم يذكر لانه ان ذكر بدلا بأن قال لها خالعتك فى نظير خمسين جنيهاً مثلا فقد علق طلاقها على التزامها بدفع هذا المبلغ فلا بد من رضاها به وان لم يذكر بدلا فصيغة المفاعلة لا تكون الا بين اثنين فلا يستقل بها واحد فلا بد من اشتراكها معه بالقبول

وان كان بلفظ فعل الامر فكذلك لانه ان ذكر البدل فكأن الطلاق معلق على التزامها بدفعه فلا بد منه حتى يلزم وان لم يذكر البدل بقى الامر فان امتثل المأمور لما امر به نفذ وان لم يمتثل فلا ينفذ

وان كان بصيغة الفعل الماضى فان ذكر بدلا توقف وقوع الطلاق على القبول لما ذكر وان لم يذكر بدلا وقع وان لم تقبل لعدم احتياجه الى المشاركة كما فى المفاعلة ولا الى الاتيان بالمأمور به كما فى الامر وحينئذ يستقل به الزوج ويكون فى هذه الحالة طلاقاً بائناً محضاً فلا يترتب عليه شىء من اسقاط الحقوق المترتبة على الخلع فقد علمت أن الطلاق يقع وان لم تقبل فى صورة واحدة ويتوقف وقوعه على القبول فى خمس صور

وأما اذا كانت الزوجة هى الموجبة فالصور ست أيضاً لانها اما ان تقول خالعنى بصيغة المفاعلة او اخلعنى بصيغة الامر بلا مفاعلة او اختلعت منك بصيغة الماضى وفى كل اما ان تذكر بدلا اولا وهنا لا بد فى وقوع الطلاق من قبول الزوج فى كل الصور لانه هو المالك للعصمة فلا بد من رضاه باسقاط حقه

والخلع وان كان لا يتم الا بايجاب وقبول ولكن الامام الاعظم لا يقول انه معاوضة من جانب الزوجين بل هو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة فاذا قال الزوج لزوجته خالعتك فى نظير كذا فكأنه قال لها ان قبلت أن تلتزمى لى بدفع هذا المبلغ فانت طالق فان قبلت فكأنها قالت اشتريت عصمتى منك بهذا المبلغ وحينئذ تراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها . وينبنى على كون الخلع يمينا من جانب الزوج المسائل الآتية

اولا — أن الزوج اذا أوجب الخلع ابتداء بان قال لها خالعتك فى نظير كذا فلا يصح رجوعه عنه قبل جواب الزوجة لانه تعليق للطلاق بقبول المال فكأنه قال لها ان قبلت ان تدفعى الى كذا فانت طالق ولو كان معاوضة من جانبه لصح رجوعه قبل قبولها وحينئذ لا يملك نهى المرأة عن القبول

ثانياً — ان قام من المجلس الذى أوجب فيه قبل أن تجيب الزوجة فلا يبطل الايجاب ولو كان معاوضة لبطل بقيامه

ثالثاً — لا يصح أن يجعل الزوج لنفسه خيار الشرط فاذا قال لها خالعتك فى نظير كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام فقبلت وقع الطلاق فى الحال ولزمها المال وليس له بعد ذلك أن يرده لان خيار الشرط لا يدخل فى الايمان

رابعاً — له أن يعلقه على شرط مثل اذا تزوجت عليك أو ان غبت عنك سنة فقد خالعتك فى نظير كذا

خامساً — للزوج أن يضيفه الى زمن مستقبل كقوله خالعتك بعد شهر فى نظير ذلك فان قبلت بعد حصول مدلول فعل الشرط فى الاول وانقضاء

الوقت المعين فى الثانى صح القبول ووقع الطلاق البائن وليس لها ان تقبل قبلهما لانهما تطليق معلق على قبولها عند وجود الشرط والوقت فيكون قبولها قبل ذلك لغواً

وينبنى على كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة المسائل الآتية

أولا — انها لا بد أن تكون عالمة بمعناه لان المعاوضة يشترط فيها ذلك فاذا لقنها معنى خالعنى على كذا بلغة لا تعرفها فقالت كما قال وخالع فلا يقع الطلاق ولا يلزمها المال

ثانياً — أن الزوجة اذا كانت حاضرة فى مجلس الخلع فلابد من قبولها فيه وان كانت غائبة يشترط قبولها فى المجلس الذى علمت فيه بالخلع فان قامت منه قبل قبولها فليس لها القبول بعده كما فى سائر المعاوضات

ثالثاً — اذا اوجبت الخلع ابتداء وقامت من المجلس الذى أوجبته فيه او قام الزوج منه قبل قبوله بطل الايجاب فليس له أن يقبل بعد قيامه أو قيامها من المجلس الذى صدر فيه الايجاب

رابعاً — لها أن تحفظ لنفسها الحق فى مدة معينة بين القبول والرد فاذا قال لها خالعتك فى نظير كذا فقالت قبلت على أنى بالخيار ثلاثة أيام أو قالت خالعنى على كذا ولى الخيار مدة كذا فقبل الزوج صح هذا الشرط فلها فى أثناء هذه المدة ان ترد وحينئذ لا يقع الطلاق فلا يلزمها المال ولها أن تقبل فيقع الطلاق ويلزمها بدل الخلع ومثله ما اذا مضت المدة المعينة ولم يصدر منها رد أو قبول — انظر مادتى (٢٧٩) — و (٢٨٠)

(مادة ٢٧٩) اذا اوجب الزوج الخلع ابتداء وذكر معه بدلا توقف وقوعه =

وقد علمت من مادة (٢٧٥) ان العوض ليس بشرط فى الخلع وحينئذ يصح وإن سمى الزوجان عوضاً أولم يسميا فان سميا بدلا فاما ان يكون غير المهر أو المهر وان لم يسميا فاما ان يسكتا عنه أو ينفياه فحينئذ يمكننا ان نقول اذا خالع الزوج زوجته فلا يخلو الحال من أحد أمور أربعة

الاول — ان يسميا بدلا غير المهر

الثانى — ان يسكتا عن البدل

الثالث — ان ينفياه

الرابع — ان يسميا المهر أو شيأ منه

والخلع وان اشترك مع الطلاق البائن فى ازالة الزوجية الا انه ينفرد باسقاط الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر بحسب التفصيل الذى سيلقى عليك بالنسبة للاحوال الاربعة المتقدمة فان كان الاول وهو ما اذا كان الخلع بعوض غير المهر بان قال الزوج لزوجته خالعتك فى نظير خمسين جنيها مثلا وقبلت طائعة مختارة فلا كلام فى وقوع الطلاق البائن ولزوم المبلغ

واستحقاق البدل على قبول المرأة عالمة بمعناه وبعد ايجاب الزوج لايصح رجوعه عنه قبل جوابها وهو لايقتصر على المجلس حتى لايبطل بقيامه عنه قبل قبولها ويقتصر على مجلس علمها به فلا يصح قبولها بعد مجلس علمها فان كان الخلع بلفظ خلعتك بلا ذكر بدل فلا يتوقف على قبولها بل يقع البائن وان لم تقبل بخلاف ما اذا كان بلفظ المفاعلة أو الامر أو ذكر معه المال فلا بد من قبولها

(مادة ٢٨٠) اذا أوجبت المرأة الخلع ابتداء بان قالت اختلعت نفسى منك بكذا فلها الرجوع عنه قبل جواب الزوج ويقتصر على المجلس فيبطل بقيامها أو قيامه عنه قبل القبول ولو قبل بعده لايصح قبوله

الذى اتفقا عليه وفى هذه الحالة تسقط الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر ولكن بشروط

الاول — ان تكون هذه الحقوق مترتبة على عقد الزواج فلو لم تكن مترتبة عليه فلا تسقط فاذا أقرض أحد الزوجين الآخر مبلغاً معلوما أوباع له شيأ بثمن معلوم ولم يدفع المستقرض مااستقرضه أولم يدفع ثمن مااشتراه حتى حصل الخلع فلا يسقط شىء عن المدين منهما لان هذه الحقوق ليست مترتبة على عقد الزواج اذ الاول مترتب على القرض والثانى على الشراء

الثانى — ان تكون هذه الحقوق مترتبة على عقد الزواج الذى حصل الخلع منه فاذا فرض ان رجلا تزوج امرأة بمائة جنيه ولم يعطها منها شيأ وأوقع عليها طلاقا بائنا ثم عقد عليها بمهر جديد وخالعها فى نظير مبلغ معلوم فلا يسقط مهر العقد الاول لانه وان كان مترتبا على عقد الزواج الا أن هذا العقد ليس هو الذى حصل الخلع منه فلا يسقط

الثالث — ان تكون الحقوق المترتبة على عقد الزواج الذى حصل الخلع منه ثابتة وقته وبناء عليه فلا تسقط نفقة العدة التى تعقب الخلع لانها وان كانت مترتبة على النكاح الذى حصل الخلع بواسطته الا انها ليست ثابتة وقت الخلع اذ هى لا تثبت الا فى العدة وهى لا تكون الا بعد الخلع فظهر من هذه الشروط ان الحقوق التى تسقط بالخلع هى الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر وقت الخلع مما يتعلق بالنكاح الذى حصل الخلع منه . وينبنى على هذا الاصل المسائل الآتية

أولا — اذا حصل التزوج على مهر معلوم ولم تقبض الزوجة منه شيأ أو قبضت جزأ منه ثم حصل الخلع على عوض غير المهر لزمها دفع هذا العوض وسقط عنه كل المهر أو بعضه فليس لها ان تطالب زوجها به ولا بشيء منه سواء كان الخلع بعد الدخول أو قبله

ثانياً — اذا قصر الزوج فى الانفاق على زوجته فرفعت أمرها للقاضى وفرض لها مبلغاً معلوما فى كل شهر مثلا ومضت مدة لم يدفع فيها شيأ مما فرض ثم حصل الخلع سقطت هذه النفقة فليس لها ان تطالب بها سواء كان المفروض كسوة أو غيرها

ثالثاً — اذا حصل التزوج ولم يسم مهر فى العقد ثم حصل الخلع بالصورة المتقدمة سقطت المتعة التى تستحقها المرأة فى هذه الصورة لو حصلت الفرقة من قبله بغير الخلع فليس لها ان تطالبه بها

رابعاً — اذا قصر الزوج فى الانفاق على زوجته وفرض لها القاضى كل شهر مثلا مبلغاً معلوما فعجل لها الزوج نفقة سنة ثم خالعها بالصفة المتقدمة قبل مضى هذا الزمن سقط ماعجله من النفقة فليس له ان يسترد شيأ منه

خامساً — اذا سلم الزوج كل المهر لزوجته وخالعها قبل الدخول سقط المهر فليس له ان يطالبها بشيء منه وانما له المطالبة بالمبلغ المتفق عليه فى الخلع ومن باب أولى ما اذا كان الخلع بعد الدخول لان الطلاق قبل الدخول موجب لرد نصف المهر فاذا لم يلزمها رد شيء منه قبل الدخول فيكون بعد الدخول من باب أولى

وان كان الثاني وهو ما اذا كان البدل مسكوتا عنه كأن يقول لها خالعتك

فتقبل قبولاً معولاً عليه فجميع الاحكام التى عرفتها فى الحالة الاولى تأتى هنا أيضاً — انظر مادة (٢٨١)

وان كان الثالث وهو مااذا كان البدل منفياً بأن قال لها اخلعى نفسك منى بغير شىء ففعلت وقع الطلاق البائن ولا يلزمها شىء ولا تسقط الحقوق لانه صريح فى عدم المال ووقوع البائن — انظر مادة (٢٨٢)

وان كان الرابع وهو ماذا كان بدل الخلع هو المهر فلا يخلو الحال فى أول الامر من أحد أمرين — الاول ان يكون كل المهر — الثانى ان يكون بعض المهر

فان كان الاول كأن يقول لها خالعتك فى نظير مهرك وقبلت قبولاً معولا عليه فاماان يكون المهر مقبوضاً أو غير مقبوض فان كان مقبوضاً فاماان يكون الخلع بعد الدخول او قبله ومثله ماذا كان غير مقبوض فحينئذ معنا اربع صور :

الصورة الاولى ان يكون المهر مقبوضاً والخلع بعد الدخول وفى هذه الحالة يجب عليها رده للزوج بحسب الشرط المتفق عليه

(مادة ٢٨١) اذا خالع الزوج امرأته أو بارأها على مال مسمى غير الصداق وقبلت طائعة مختارة لزمها المال وبرىء كل منهما من الحقوق الثابتة عليه لصاحبه وقت الخلع أو المباراة مما يتعلق بالنكاح الذى وقع الخلع منه فلا تطالب المرأة بما لم تقبضه من المهر ولا بنفقة ماضية مفروضة ولا بكسوة ولا بمتعة أن خالعها زوجها قبل الدخول ولا يطالب هو بنفقة عجلها ولم تمض مدتها ولا بمهر سلمه اليها وكذلك اذا لم يسميا شيأ وقت الخلع يبرأ كل منهما من حقوق الآخر فلا يطالبها بما قبضت ولا تطالبه بما بقى فى ذمته قبل الدخول وبعده

(مادة ٢٨٢) اذا كان البدل منفياً بان خالعها لاعلى شىء فلا يبرأ أحد منهما عن حق صاحبه

الصورة الثانية أن يكون المهر مقبوضاً أيضاً ولكن الخلع قبل الدخول وحكمها كالاولى وبعضهم لا يلزمها الا برد النصف لانه هو المهر الذى تستحقه المرأة بالفرقة قبل الدخول ووجه الاول ان المهر اسم لما صحت تسميته في العقد.

الثالثة — أن يكون المهر غير مقبوض والخلع بعد الدخول وفى هذه الصورة يسقط عنه جميع المهر بحسب الشرط — الرابعة — أن يكون المهر غير مقبوض والخلع قبل الدخول وهى كالثالثة

وان كان الثانى وهو ما اذا كان العوض بعض المهر كأن يقول لها خالعتك على نصف مهرك مثلا فاما أن يكون كل المهر مقبوضاً أو غير مقبوض وعلى كل فاما أن يكون الخلع بعد الدخول او قبله فله أربع صور أيضاً

الاولى — أن يكون كل المهر مقبوضاً والخلع بعد الدخول وفى هذه الصورة يأخذ منها البعض الذى حصل الخلع عليه بحسب الشرط ويترك لها الباقى بحسب الخلع لانه يسقط الحقوق كما عرفته مما تقدم.

الثانية — أن يكون الكل مقبوضاً ولكن الخلع قبل الدخول وفى هذه الحالة يأخذ منها نصف البعض المعين فى الخلع فاذا كان المهر مائة جنيه مثلا وخالعها فى هذه الصورة على عشرة وجب عليها نصفه وهو خمسة لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهى تستحق قبل الدخول نصف المهر المسمى فى العقد وهو خمسون فيجب عليها عشرها وهو خمسة والذى استظهره فى فتح القدير فى هذه الصورة أنه يأخذ منها البعض المتفق عليه كما فى الصورة الاولى لا نصفه لان المهر اسم لما صحت تسميته فى العقد وهو مائة جنيه لا لما تستحقه المرأة فى هذه الحالة وهو الظاهر

الثالثة — أن يكون الكل غير مقبوض والخلع بعد الدخول وفى هذه يسقط عنه جميع المهر بعضه بالشرط وبعضه بحكم الخلع لانه يسقط الحقوق كما علم من قبل . الرابعة — أن يكون الكل غير مقبوض أيضاً ولكن الخلع قبل الدخول وهى كالثالثة فى الحكم لاشتراكهما فى العلة المتقدمة

وتثبت كل هذه الاحكام فى جميع صور الخلع المتقدمة فى شرح مادة (٢٧٩) الا فى صورة واحدة وهى ما اذا كان الخلع بلفظ الفعل الماضى بلا بدل كأن يقول لها خلعتك سواء قبلت أو لم تقبل فانه فى هذه الصورة لا يسقط شىء من الحقوق أصلا — ومثل الخلع فى كل الاحكام المتقدمة المبارأة فاذا قال رجل لزوجته بارأتك فهو على التفصيل والاحكام المتقدمة وينبغى اذا قال لها برئت من نكاحك أن لا يسقط شىء من الحقوق كما اذا قال لها خلعتك

واسقاط الحقوق فى الخلع والمبارأة ليس متفقاً عليه بل القائل به الامام الاعظم وقال أبو يوسف المبارأة تسقط الحقوق المتقدمة والخلع لا يسقطها وقال محمد لا يسقط الا ما سمياه واستدل بأن هذه معاوضة وأثر المعاوضة لا يظهر الا فى وجوب المسمى لا فى اسقاط غيره كما اذا كانت الفرقة بالطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر

واستدل أبو يوسف بان المبارأة من البراءة فتقتضى البراءة من الجانبين وهى وان كانت تشمل كل دين الا انا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض وهو المبارأة من متعلقاته اما الخلع فانما يقتضى فصلا وانخلاعا وحقيقته تحقق فى حق النكاح فهى غير متوقفة على سقوط المهر

واستدل أبو حنيفة بأن الخلع صلح وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتمام تحقق مقصوده يجعله مسقطاً لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والاعاد على موضوعه بالنقض — والظاهر مذهب محمد وان كان المعمول به مذهب الامام الاعظم — أنظر مادة (٢٨٣)

قد عرفت من شرح مادة (٢٨١) ان الحقوق التي تسقط بالخلع هي الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر وقت الخلع مما يتعلق بالنكاح الذي حصل الخلع منه فاذا لم تكن الحقوق ثابتة وقت الخلع فانها لا تسقط به وينبني على ذلك ان نفقة العدة والسكنى لا تسقطان فللزوجة مطالبته بهما لان كلا منها وان كان مترتباً على عقد الزواج الا أنه ليس ثابتاً وقت الخلع بل يثبت بعده اذ المدة التي تجب لها فيها النفقة والسكنى انما تكون بعد الخلع لا وقته ولكن لو نص عليهما وقته بان قال لها خالعتك على نفقة العدة والسكنى سقطتا . هذا هو المأخوذ من المادة وهو مسلم بالنسبة للنفقة وأما السكنى فقد نصوا على أنه لا يصح اسقاطها بحال لما أن سكناها في غير بيت الطلاق معصية ولكن لو أبرأته عن مؤونة السكنى بان كانت ساكنة في بيت هو ملكها

(مادة ٢٨٣) اذا خالعها بكل المهر ورضيت فان كان مقبوضاً رجع بجميعه عليها وان لم يكن مقبوضا سقط عنه سواء كان الخلع قبل الدخول أو بعده واذا خالعها على بعضه فان كان الكل مقبوضاً والخلع بعد الدخول يرجع عليها بذلك البعض ويترك لها الباقي وان كان قبل الدخول يرجع عليها بنصف البعض الذى وقع عليه الخلع . وان لم يكن المهر مقبوضا سقط عنه مطلقا

أو تعطى أجرته من مالها صح فربما يحمل ما فى المادة على هذا — انظر مادة (٢٨٤)

وبدل الخلع اما أن يكون ديناً فى ذمة الزوجة كثلاثين جنيهاً مثلاً أو عيناً كجمل معلوم أو عشرين قنطاراً من القطن مشاراً اليها فان كان الاول فلا يقال أنه هلك قبل تسليمه للزوج او استحقه شخص آخر غير الزوجة لانه لا يتأتى فيه ذلك وان كان الثانى فما دام موجوداً ويمكنها تسليمه الى الزوج اجبرت على التسليم متى طلبه فان عدم بأن هلك او استهلك قبل تسليمه للزوج فاما أن يكون قيميا كالجمل أو مثلياً كالقطن فان كان قيمياً الزمت بدفع قيمته له فحينئذ ينظر الى ما يساويه الجمل المعين من النقود وتعطيه له وان كان مثلياً الزمت بدفع مثله اليه ومثله ما اذا كان موجوداً ولكن لا يمكنها تسليمه للزوج كما اذا ادعاه شخص واثبت أنه مملوك وحكم له به ففى هذه الحالة لا يمكنها التسليم لانه صار مملوكا لغيرها فتلزمها القيمة أو المثل . ولا فرق في الاستحقاق بين ما اذا كان قبل التسليم أو بعده بخلاف الهلاك أو الاستهلاك فانها تلزم به إذا حصل احدهما قبل التسليم لا بعده لانه مضمون عليها ما دام في يدها فاذا سلمته صار مضموناً على الزوج — انظر مادة (٢٨٥)

واعلم أن الولد اذا كان له مال فنفقته فى ماله سواء كان مذكراً أو مؤنثاً فان لم يكن له مال فنفقته على أبيه حتى يبلغ الذكر حد الكسب وتتزوج

(مادة ٢٨٤) نفقة العدة والسكنى لا يسقطان ولا يبرأ المخالع منهما الا اذا نص عليهما صراحة وقت الخلع

(مادة ٢٨٥) اذا هلك بدل الخلع قبل تسليمه للزوج او ادعاه آخر واثبت أنه حقه فعليها مثله ان كان مثلياً او قيمته ان كان قيميا

الانثى ما لم تكن مكتسبة بالفعل ولا شك أن من ضمن النفقة اجرة الرضاع في مدته فاذا خالع الزوج زوجته وجعل بدل الخلع اجرة رضاع ولده منها مدة الرضاع وهي سنتان لقوله تعالى (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) أو جعل بدل الخلع امساك الام للولد مدة معلومة تنفق عليه فيها صح ذلك لرضاها بتحمل ما يلزم الاب وحينئذ تجبر الام على ما التزمت به بدلا للخلع فترضع الولد وتنفق عليه المدة المتفق عليها بينهما فاذا لم يحصل في أثناء المدة ما يسقط اجرة الرضاع عن الاب ووفت بما التزمت به فلا رجوع له عليها بشيء اما اذا حصل في أثناء المدة ما يسقط عنه اجرة الرضاع بأن تزوجها قبل مضي مدته فانه يأخذ منها اجرة مثل المدة الباقية الا إذا كان هناك شرط بخلاف ذلك . وانما كان تزوجها به مسقطا لاجرة الرضاع لان المرأة لا تستحق أجرة على ارضاع ولدها ما دامت الزوجية موجودة .

ومثل هذا ما اذا لم توف بما التزمت ولو كان السبب قهريا فاذا هربت وتركت له الولد أو ماتت قبل تمام المدة المعينة او مات الولد قبل انقضائها فاما ان لا يشترط انه ان حصل شيء من هذا القبيل فلا تلزم بشيء أو يشترط فان كان الاول فله أن يأخذ منها اجرة الرضاع والنفقة لما بقي من المدة وان كان الثاني فلا يأخذ منها شيئا وهو ظاهر الا أنه في صورة هربها أو موت الولد يأخذ منها هي وفي صورة موتها يأخذ المبلغ المقدر من تركتها لانه دين عليها والمدين تقضى ديونه من تركته

ومثل هذا في الحكم ما اذا خالعها على ارضاع حملها سنتين فان ظهر انها

حامل ووضعت واستمر الولد حياً هذه المدة اجبرت على ما التزمت به فان ظهر أنها ليست بحامل او حامل ولـكنها لم تلده حياً بل نزل سقطاً أو ولدته حيا ولـكنه مات فى أثناء المدة فانه يأخذ منها اجرة الرضاع عن المدة كلها ان لم يحصل رضاع أصلا أو عن المدة الباقية ان حصل رضاع فى بعضها الا اذا كان هناك شرط يقضى بخلاف ذلك — انظر مادة (٢٨٦)

والعوض المذكور فى الخلع ان كان من خالص حق الزوجين واسقط صاحب الحق حقه فلا كلام فيه وان كان من حقوق غيرهما فلا يمكان اسقاطه وان اتفقا عليه الا اذا أمكن ويبنى على هذا الاصل المسائل الآتية

أولا — إذا اختلعت من زوجها على أن تمسك الولد عندها مدة الحضانة أو أقل منها وتنفق عليه فيها صح ذلك الشرط لانه لا يؤثر على حقوق الولد ما دامت قادرة على الانفاق

ثانيا — اذا اختلعت من زوجها فى نظير أن تمسك الولد مدة أكثر

(مادة ٢٨٦) اذا اشترط الزوج على المرأة وقت الخلع براءته عن أجرة رضاع ولده منها مدة سنتى الرضاع أو اشترط امساكها له والقيام بنفقته بعد الفطام مدة معلومة وقبلت ذلك تجبر على ارضاع الولد مدة السنتين وتلزم بنفقته فى المدة المعينة لامساكه فان تزوجها أو هربت وتركت له الولد او مات الولد أو ماتت هى قبل تمام مدة الرضاع او قبل تمام مدة امساكه فله أن يرجع عليها ببقية أجرة الرضاع الى تمام مدته وبنفقة ما بقى من المدة التى قبلت امساك الولد فيها ما لم يشترط وقت الخلع عدم الرجوع عليها بشىء اذا ماتت هى أو الولد قبل تمام المدة وكذا الحال اذا خالعها على ارضاع حملها سنتين وظهر انه لم يكن فى بطنها ولد أو اسقطت أو مات الولد قبل المدة فانه يكون للمخالع حق الرجوع عليها بقيمة الرضاع عن المدة كلها أو ما يكون باقياً منها

من مدة الحضانة بان كانت الى البلوغ ففي هذه تفصيل لان الولد اما ان يكون مذكراً أو مؤنثاً فلو كان مذكراً كان هذا الشرط لاغيا لان هذا الشرط مخالف لمصلحته اذ المصلحة فى تسليمه الى الاب بعد انتهاء مدة الحضانة التى هى سبع سنين وهى سن التمييز لانه يحتاج بعدها الى معرفة آداب الرجال والتخلق باخلاقهم فاذا طال مكثه عند الام يتخلق بأخلاق النساء ولا شك ان فى هذا ضررا بالنسبة اليه فيلغو ولو اتفقا عليه ولا يبقى عندها بعد سن السبع

وان كان الولد مؤنثا قالوا ان الشرط صحيح الى البلوغ لانه ليس فيه تضييع حق الولد وبالتأمل نرى ان البنت لها حقوق أيضا فتمكث عند كل من الابوين الزمن الذى يكون فيه أقدر على القيام بشؤونها من الآخر فتبقى عند الام الى سن السبع الذى هو سن التمييز وتترك عندها بعد ذلك سنتين لاحتياجها بعد التمييز الى من يعلمها الامور المنزلية والام أقدر على ذلك من الاب فاذا بلغت تسع سنين فقد بلغت حد الشهوة وحينئذ تسلم الى الاب لانه فى هذه الحالة أقدر على صيانتها التى هى من أعظم حقوق البنت وان كان فيها حق غيرها أيضا فكيف يقال بعد ذلك ان البنت تترك عندها الى البلوغ — اللهم الا اذا كان هذا جاريا على القول المرجوح من ان الأم لها حق حضانة الانثى الى البلوغ والمفتى به خلافه

ثالثا — اذا اختلعت من زوجها على امساك الولد زمنا لا يزيد عن مدة الحضانة وتزوجت فى اثناء المدة بغير محرم للصغير فللزوج أخذه منها وليس لها ان تحتج بالاتفاق الحاصل بينهما لان فى مراعاته اسقاط حق الولد اذ

بقاؤه عند زوجها الاجنبي مضر به فينزع منها ولا يسرى اتفاقهما عليه وفى هذه الحالة ينظر الى أجرة مثل امساك الولد فى المدة الباقية ويأخذه منها

رابعاً — اذا اختلعت من زوجها بشرط ان الاب يمسك الولد عنده مدة الحضانة بطل هذا الشرط وان كان الخلع صحيحا لان مصلحة الصغير فى ابقائه عند أمه مدة الحضانة اذ هى أقدر من الاب على القيام بلوازمه فى هذا الزمن وحينئذ يؤخذ من الاب ولو قهرا ويسلم الى الام حتى تنتهى مدة حضانتها الا اذا لم تتوفر فيها شروط الحضانة بان تزوجت بغير محرم للصغير أو كان الولد يضيع عندها لاشتغالها بغيره كما ستعرفه فى باب الحضانة ويجبر الاب على كل مايلزم الولد فى هذه المدة من نفقته وأجرة حضانته ان كان الولد فقيراً

خامساً — اذا اختلعت من زوجها بشرط ان تنفق على الولد مدة معلومة فان كانت قادرة على ذلك بان كانت موسرة صح وتلزم بالانفاق عليه حسب الشرط وان كانت غير قادرة على الانفاق عليه بان كانت معسرة وطالبته بنفقة ولده اجبر عليها لان النفقة وان كانت من حقوق الولد وتلزم الاب ان كان الولد فقيراً الا ان الام اذا التزمت بها فان أمكن تنفيذ هذا الالتزام بدون ضرر على الصغير بان كانت موسرة حكمنا بصحة هذا الالتزام لعدم الضرر وان لم يمكن التنفيذ الا بضرر يلحق الصغير ألغينا هذا الالتزام بالنسبة للولد وان كان باقيا بالنسبة لها ولذا قالوا انه يجبر عليها ولا تسقط عن الام بل تكون ديناً له فى ذمتها ياخذها منها اذا أيسرت وهذا معنى قولهم لايسقط دين نفقة الولد بدين للمخالع على الزوجة بل يجبر المخالع وهو الزوج على الانفاق

على ولده اذا كانت معسرة ويكون دينا له على الزوجة يأخذه منها عند الميسرة لان بدل الخلع دين عليها والنفقة واجبة للولد فلا تسقط بدين له عليها اذا لم تكن قادرة على الوفاء بما التزمت كما اذا كان له عليها دين آخر غير بدل الخلع ولا تقدر على قضائه فليس له فى هذه الحالة ان يمتنع عن الانفاق محتجاً بانها تنفق عليه من هذا الدين . ومثل هذا ما اذا كانت موسرة ولكنها قصرت فى الانفاق على الولد فله ان يأخذ منها النفقة الكافية ويتولى الانفاق عليه لان هذا حق الولد — انظر مواد ٢٨٧ و ٢٨٨ و ٢٨٩

والزوجة اما ان تكون كبيرة او صغيرة فان كانت كبيرة عاقلة فاما ان تكون صحيحة او مريضة فان كانت صحيحة فاما ان تكون رشيدة او محجوراً عليها وكل الاحكام المتقدمة خاصة بالزوجة الكبيرة الصحيحة اذا كانت غير محجور عليها للسفه وستأتى أحكام غيرها بعد أحكام الصغيرة على حسب ترتيب المواد

وان كانت صغيرة فاما ان يحصل الخلع بين زوجها وأبيها أو يحصل بينها وبين زوجها فان كان الاول فاما ان يكون بعوض أو بغير عوض فان كان

(مادة ٢٨٧) اذا اختلعت المرأة على امساك ولدها الى البلوغ فلها امساك الانثى دون الغلام . وان تزوجت فى أثناء المدة فللزوج أخذ الولد منها ولو اتفقا على تركه عندها وينظر الى أجرة مثل امساكه فى المدة الباقية فيرجع بها عليها

(مادة ٢٨٨) اشتراط الرجل فى الخلع امساك ولده عنده مدة الحضانة باطل وان صح الخلع وللمرأة أخذه وامساكه مدة الحضانة مالم يسقط حقها بموجب وعلى أبيه أجرة حضانته ونفقته ان كان الولد فقيرا

(مادة ٢٨٩) لا يسقط دين نفقة الولد بدين للمخالع على المرأة فاذا خالعته على نفقة ولدها وكانت معسرة وطالبته بها يجبر عليها وتكون دينا له فى ذمتها يرجع به عليها اذا أيسرت

بغير عوض كما اذا قال له اخلع بنتى فقال الزوج خلعتها فلا كلام فى وقوع الطلاق وعدم لزوم شيء من المال لان الزوج ينفرد بايقاعه . وان كان بعوض فاما ان يكون من مال الزوجة أومن مال الاب فان كان من مال الزوجة فاما ان يلتزم به الاب أولا يلتزم فان لم يلتزم به اختلف فى وقوع الطلاق ولا يلزم المال اجماعا وان التزم به أو كان من ماله وقع الطلاق ولزم المال الاب ولا يلزمها شيء وينبنى على هذا المسائل الآتية

أولا — اذا قال له خالعت بنتك على مالها عندى من المهر أو على مائة جنيه من مالها فقبل الاب وقع الطلاق عند بعضهم معللين ذلك بان الطلاق معلق على قبول الاب وقد وجد فيقع ولم يوقعه البعض الآخر مستدلا بان القبول وان وجد لكن المال غير لازم فيفوت غرض الزوج فلا يقع الطلاق وقالت الفقهاء ان الاول أصح وان كان الثانى هو الظاهر لفوات غرض الزوج اللهم الا أن يجاب بأن الزوج لما كان ينبغى له العلم بان الاب لا يجوز له التبرع بمال بنته لان تصرفه مقيد بالمصلحة فقد رضى بوقوع الطلاق من غير عوض ولو كان جاهلا هذا الحكم لان الجهل بالاحكام الشرعية لا يعد عذرا الا فى مسائل مخصوصة

ثانيا اذا قال الاب للزوج خالع ابنتى على مهرها على انى ملتزم لك به فخالعها الزوج على ذلك وقع الطلاق ولزم الاب تسليم مثل المهر الى الزوج ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا ولا يسقط شيء من مهرها فان كان مقبوضا سلم لها وان لم يكن مقبوضا فان شاءت طالبت به الاب فان دفعه فلا رجوع له على أحد وان شاءت طالبت به الزوج ان كانت من أهل الطلب ويجبر

على تسليمه اليها وبعد ذلك يأخـذه من الاب لأنه التزم به فيسرى عليـه لا على البنت

ثالثاً اذا قال له خالع ابنتي على بيتي هذا مثلا فخالعها الزوج على ذلك وقع الطلاق أيضاً ولزم الاب تسليمه الى الزوج فان ظهر أن البيت مستحق لغيره الزم بدفع قيمته اليه وليس له ان يأخذ شيئاً من بنته في مقابلة ذلك لانه أضاف بدل الخلع الى ماله فيسرى عليه لا عليها فيلزم بما التزم — انظر مادة (٢٩٠)

وان جرى الخلع بينها وبين زوجها واشترط عليها عوضاً معلوماً بان قال لها خالعتك في نظير مهرك او في نظير خمسين جنيهاً فاما أن تقبل أو لا تقبل فان قبلت فاما أن تكون من أهل القبول أولا فاذا لم تقبل أو قبلت ولم تكن من أهل القبول بان كانت لا تعرف أن النكاح جالب للمهر والخلع سالب للعوض فلا يقع الطلاق لانه في الاول معلق على القبول ولم يوجد والقبول وان وجد في الثاني لكنه كالعدم اذ العقود لا تعتبر الا اذا كان المتعاقدان يميزان العقد الذي يتوليانه ولم يوجد هذا التمييز فلا يقع الطلاق

وان قبلت وهي من أهل القبول بان كانت تميز هذا العقد عن غيره بان كانت تعلم أن النكاح جالب للمهر وان الخلع سالب للعوض وقع الطلاق ولا يلزم المال أما وقوع الطلاق فلوجود القبول وليس للصغيرة التبرع بشيء من

(مادة ٢٩٠) يجوز لابي الصغيرة أن يخلعها من زوجها فان خلعها بمالها أو بمهرها ولم يضمنه طلقت بائنا ولا يلزمها المال ولا يلزمه ولا يسقط مهرها وان خلعها على مهرها او على مال والتزم بادائه من ماله للمخالع صح ووقعت الفرقة ولزمه المال أو قيمته ان استحق ولا يسقط المهر بل تطالب به المرأة زوجها وهو يرجع به على أبيها ان كان الخلع على المهر

مالها فكان اللازم ان يعرف الزوج هذا الحكم فلا يعذر بجهله فلا يسقط شيء من مهرها سواء كان هو بدل الخلع أوغيره . وفي صورة عدم القبول اذا قبل عنها أبوها جاز ذلك عليها ان أجازته بعد البلوغ

ومثل هذا في الحكم ما اذا طلقها الزوج على مهرها او مال آخر غيره فانها ان قبلت وهي من أهل القبول وقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر وان لم تقبل او قبلت ولم تكن من أهل القبول فلا يقع ولكن الواقع في الخلع طلاق بائن وفي هذا رجعي لانه اذا لم يلزم المال يكون معنا لفظ الخلع ولفظ الطلاق والواقع بالاول بائن وبالثاني رجعي — انظر مادة (٢٩١)

وكل هذه الاحكام بالنسبة للصغيرة وأما الصغير فليس لابيه ان يخالع زوجته ولو في مقابلة عوض تدفعه للصغير لان الخلع طلاق وهو بيد الزوج فلا يملكه غيره الا باذنه والصبي ليس له أن يأذن فيه وكما لا يجوز للاب خلع زوجة ابنه كذلك لا يجوز له أن يجيز خلعاً اوقعه ابنه القاصر لان هذا الخلع باطل فلا تلحقه الاجازة اذ هي لا تلحق الا الموقوف — انظر مادة (٢٩٢)

وان كانت الزوجة كبيرة عاقلة ولكنها غير رشيدة بان كانت محجوراً عليها

(مادة ٢٩١) اذا جرى الخلع بين الزوج وزوجته القاصرة واشترط عليها بدلا معلوما توقف على قبولها فان قبلت وهي من أهل القبول بان كانت تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب تم الخلع ولا مال عليها ولا يسقط مهرها وان لم تقبل أو قبلت ولم تكن من أهله فلا تطلق ولو قبل عنها أبوها فان بلغت وأجازت قبوله جاز عليها واذا طلقها الزوج على مهرها وهي صغيرة مميزة وقبلت تطلق رجعياً ولا يسقط مهرها

(مادة ٢٩٢) لا يصح خلع الاب عن ابنه الصغير وليس له أن يجيز خلعاً اوقعه ابنه القاصر

لسفه واختلعت من زوجها على مال سواء كان المال هو المهر أو غيره وقع الطلاق البائن ولا يلزم المال أما وقوع الطلاق فلتعليقه على القبول وقد وجد وأما عدم لزوم المال فلان المحجور عليه للسفه ليس له أن يتبرع بشيء من أمواله فانتفى لزوم المال ولو قيل بان الطلاق لا يقع لان غرض الزوج من هذه الفرقة استحقاقه للبدل فاذا لم يستحقه فلا يقع الطلاق لكان ظاهراً كما تقدم في الصغيرة اللهم الا أن يقال أن الزوج كان يلزمه العلم بعدم لزومه اذ هي سفيهة فجهله بهذا لا يعد عذراً

ولكن بقي أن يقال كيف يكون هذا تبرعاً مع قولهم أن الخلع من جهة الزوجة معاوضة فكان مقتضى القياس أن يأخذ الخلع أحكامها ويكون موقوفاً على اجازة الولي فان رأى فيه خيراً نفذه والا أبطله ويجاب عن ذلك بما قالوه من أن البضع في حالة الخروج غير متقوم ومثل هذا يقال في خلع الصغيرة المميزة

وهذا بالنسبة للخلع وأما بالنسبة للطلاق على مال بان قال لها طلقتك في نظير خمسين جنيها مثلا فقبلت وقع الطلاق رجعيا ولا يلزم المال لما ذكر ولا يخفى أن ما قيل في الخلع يرد هنا أيضا — انظر مادة (٢٩٣)

وان كانت الزوجة كبيرة عاقلة غير محجور عليها ولكنها مريضة وخالعت زوجها على مال معلوم فاما ان تبرأ من هذا المرض او لا فان برئت منه فلا كلام في انه يستحق كل العوض لانه تبين أن مرضها ليس مرض الموت فتكون كالصحيحة وان لم تبرأ بل ماتت في هذا المرض فان كان مرض الموت بان كانت وقته لا تقدر على القيام بمصالحها داخل البيت فلا يخلو الحال من أحد امرين الاول

(مادة ٢٩٣) المحجور عليها لسفه اذا اختلعت من زوجها على مال وقعت الفرقة ولا يلزمها المال وان طلقها تطليقة على ذلك المال تقع رجعية

ان تموت وهي في عدة الطلاق الواقع بالخلع . الثاني أن تموت بعد انقضائها فان كان الاول فللزوج الاقل من أشياء ثلاثة وهي بدل الخلع ومقدار ارثه منها وثلث مالها فلو كان ما يخصه من تركتها تسعين فدانا وبدل الخلع مائة وثلاثون وثلث التركة مائة وعشرون فله التسعون لانها الاقل ولو كان الثلث أربعين فهي له لانها الاقل

وان كان الثاني وهو ما اذا ماتت بعد انقضاء العدة فللزوج الاقل من شيئين وهما بدل الخلع وثلث مالها وانما لم ينظر الى مقدار ما يرثه منها في هذه الحالة لان الارث لا يتأتى بعد انقضاء العدة ولذا لو كان الخلع قبل الدخول كان الحكم ما ذكر لعدم العدة وانما حكم الفقهاء بهذا الحكم لتهمة المواضعة بين الزوجين اذ يجوز أن الزوجة تريد أن تعطى للزوج أكثر مما يستحق في الميراث لو ماتت وهي على ذمته فتبذل عوض الخلع الذي هو أكثر من استحقاقه في التركة فيكون فيه اضرار بباقي الورثة فيرد عليها هذا القصد — وأنت خبير بانه لو كان كذلك لم يزد ما يستحقه الزوج من الميراث عن بدل الخلع في وقت من الاوقات مع أنهم فرضوه وقالوا يعطى الزوج بدل الخلع اذ الزوج لو علم أن ما يأخذه من بدل الخلع أقل مما يستحقه في الميراث لم يقبل الخلع الذي تبين المرأة به وتموت وهي على غير ذمته فلا يرثها اللهم الا أن يجاب بأن الخطأ حصل منها في تقدير التركة — انظر مادة (٢٩٤)

(مادة ٢٩٤) خلع المريضة مرض الموت صحيح وان كان على مال يعتبر من ثلث مالها فان ماتت وهي في العدة فلمخالعها الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن ثلث المال وان ماتت بعد انقضاء العدة فله الاقل من البدل ومن الثلث وان برئت من مرضها فله جميع البدل المسمى

ولا شك فى ان المرأة هى التى تطالب ببدل الخلع متى لزمها فلا يطالب به غيرها ولكن هذا اذا كانت هى المباشرة له فلو وكلت غيرها بان يخلعها من زوجها ففعل الوكيل فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة : الاول ان يرسل بدل الخلع : الثانى ان يضيفه الى الزوجة : الثالث ان يضيفه الى نفسه اضافة ملك أو ضمان فان كان الاول بان قال اخلع امرأتك بمائة جنيه والثانى بان قال له اخلع إمرأتك على بيتها هذا كان المطالب بالبدل هى المرأة مثل ما اذا كانت هى المباشرة للخلع . وان كان الثالث بان قال اخلع امرأتك على مائتى هذه أو على مائتى جنيه على انى ضامن لها ثبت للزوج حق مطالبة الوكيل لا الزوجة ويكون للوكيل حق مطالبة المرأة بهذا البدل سواء دفعه للزوج أولم يدفعه وسواء أمرته المرأة بالضمان أولم تأمره لانه دفع ماهى ملزمة به والاذن ولو دلالة كاف فى الرجوع عليها بما دفع وهو موجود فيرجع ـ انظر مادة (٢٩٥)

ومتى ثبت للزوج الحق فى المطالبة ببدل الخلع سواء كان المطالب هو الزوجة او غيرها فله الطلب فى الحال الا اذا كان هناك شرط يقضى بخلاف ذلك لان بدل الخلع يصح ان يكون كله معجلا وان يكون مؤجلا وان يكون البعض معجلا والبعض مؤجلا الى اجل معلوم قصرا وطال على حسب الاتفاق ويصح ان يكون مقسطا على اقساط معلومة يدفع كل قسط منها فى وقت مخصوص ولو حصل تأخير عن دفع القسط لم يحل باقى الاقساط الا

(مادة ٢٩٥) لا يطالب الوكيل بالخلع من قبل المرأة بالبدل المخالع عليه الا اذا أضافه الى نفسه اضافة ملك أو ضمان فان كان كذلك وجب عليه أداؤه ويرجع به على موكلته

اذا اشترط ذلك — انظر مادة(٢٩٦)

والزوج لا يستحق بدل الخلع الا اذا كان عقد الزواج صحيحا لان الخلع مثل الطلاق فى ان كلا منهما لا يكون الا بعد العقد الصحيح وينبنى على هذا انه لو كان التزوج فاسداً وحصل الخلع أو الطلاق على عوض وسلمته المرأة للمخالع فلها ان تسترده منه لانه أخذه بغير حق اذ المرأة ما دفعت هذا العوض الا لتملك عصمتها وهذا ثابت لها قبل الخلع لان العقد فاسد لا تترتب عليه الاحكام فلها ان تتركه فى أى وقت شاءت فتكون قد دفعت بدل الخلع لظنها انه يستحقه فاذا تبين غير ذلك أخذته منه وهذا كمن دفع لغيره دينا ظانا انه عليه فتبين خلافه فان له استرداده - انظر مادة (٢٩٧)

﴿ الباب الثالث فى الفرقة بالعنة ونحوها ﴾

اعلم انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب فى الآخر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا خيار للزوج بعيب فى الزوجة لانه يمكنه مفارقتها فلا حاجة لثبوته له ولها الخيار اذا وجدته معيبا بواحد من ثلاثة وهى الجنون والجذام والبرص لان الطلاق ليس بيدها حتى يمكنها مفارقته تخيرت وقال الامام الشافعي ومالك واحمد يثبت الخيار لكل من الزوجين اذا وجد صاحبه معيباً بواحد من هذه الثلاثة وللزوج الفسخ اذا كانت الزوجة

(مادة ٢٩٦) يصح تعجيل بدل الخلع والطلاق وتأجيله الى أجل قريب أو بعيد

(مادة ٢٩٧) اذا خالع الزوج امرأته وأخذ منها بدلا بغير حق بان كان النكاح فاسدا من أصله لا يقبل الخلع فلها ان تسترد ما أخذه

رتقاء أو قرناء أيضا فله الخيار فى خمسة عيوب ولها فى ثلاثة والظاهر ماذهب اليه غير أبى حنيفة وأبى يوسف وقد تقدمت لك هذه المسئلة مفصلة فى شرح مادة (١٦) فراجعه

ولكن قد اتفق الجميع على ان الزوجة اذا وجدت زوجها عنينا أو مجبوبا أو خصيا ولا يقدر على اتيانها أو مقطوع العضو المعلوم ثبت لها الخيار . والعنين شرعا هو الذى لا يمكنه ان يصل الى زوجته لاى سبب كان. والمجبوب هو مقطوع الاعضاء المعلومة . والخصى منزوع الخصيتين وينبنى على ذلك ان المرأة اذا وجدت زوجها عنينا فهى مخيرة بين أمرين الاول البقاء معه والثانى الفرقة بينها وبينه فان اختارت الاول فقد رضيت باسقاط حقها فلا يعارضها فيه أحد . وان اختارت الثانى رفعت الامر الى القاضى ليفرق بينهما . ولو مكثت زمنا لم تخاصمه أو خاصمته ومضت المدة المقررة ولم تعد الى القاضى لم يبطل حقها ولكن يشترط فى ثبوت الخيار لها ان لا تكون عالمة بحاله قبل التزوج فلو علمت سقط حقها لرضاها به — انظر مادة(٢٩٨)

ولكن اذا اختارت الفرقة فليس لها ان تفارقه من نفسها لانها تدعى عليه العنة ومن الجائز ان تكون كاذبة بل لا بد من ان ترفع الامر الى الحاكم فان فعلت ذلك فلا يفرق بينهما بمجرد أخبارها بل يتبع معها ما يتبعه فى باقى الدعاوى وهو أن يسأله الحاكم عن الدعوى المقامة عليه فاما ان يكذبها أو يصدقها فان

(مادة ٢٩٨) اذا وجدت الحرة زوجها عنينا لا يقدر على اتيانها فى القبل ولم تكن عالمة بحاله وقت النكاح فلها ان تطالب التفريق بينها وبينه اذا لم ترض به واذا وجدته على هذه الصفة ولم تخاصمه زمنا فلا يسقط حقها لا قبل المرافعة ولا بعدها

كذبها وثبت انه وصل اليها فلا يؤجل وان صدقها أو كذبها وثبت انه لم يصل اليها بالطريقة الآتية فى مادة (٣٠١) أجل سنة لانه ثبت ان امرأة حضرت عند سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه وأخبرته بان زوجها لم يصل اليها فاجله حولا فلما انقضى الحول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما سيدنا عمر وجعلها تطليقة بائنة وانما أجل سنة ولم يفرق فى الحال لانه يحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون من أصل الخلقة فلا بد من مدة يعرف منها ذلك وقدرت بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لانه اذا كان من علة معترضة فاما ان تكون من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة والفصول الاربعة تشتمل على هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه ناشئا عن احدى هذه تم علاجه فى الفصل المضاد له او عن كيفيتين فيتم فى مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام مايتعرف به الحال. ثم ان التأجيل اما ان يكون فى وسط الشهر أو فى غرته. فان كان الاول اعتبرت السنة بالايام اتفاقا. وان كان الثانى فقال بعضهم تعتبر قرية وهى ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما وثمان ساعات وثمان واربعون دقيقة اى ثلث يوم وثلث عشر يوم وبعضهم يعتبرها شمسية وهى تزيد عن القمرية أحد عشر يوما وبعض يوم وقد اختلفوا فى المفتى به ولكن المعول عليه اعتبارها قرية. ويحتسب من هذه السنة أيام شهر رمضان وأيام حيضها وأيام غيبته ولو للحج لان المانع ليس من جهتها ولا تحسب من السنة ايام غيبتها لوجود المانع من جهتها ولا أيام مرضها او مرضه بشرط ان لا يستطاع معه الوقاع. وسواء كانت

السنة شمسية أو قمرية فانها تحتسب من يوم الخصومة الا فى أحوال ثلاثة — الاولى اذا كان صغيراً فان المدة تبتدىء من وقت بلوغه — الثانية اذا كان مريضاً فمن وقت شفائه الثالثة اذا كان محرماً بحج أوعمرة فمن وقت فك احرامه — أنظر مادة (٢٩٩)

فان مضت السنة ولم تمد المرأة الى القاضى فبها وأما اذا عادت اليه وادعت انه لم يصل اليها فى هذه المدة أحضره وسأله وحينئذ لا يخلو حاله من أحد أمرين — الاول الاقرار بما قالت — الثانى الانكار فان أقر يأمره الحاكم بطلاقها فان امتثل فبها وان امتنع فرق القاضى لانه ظالم فيدفع ظلمه من له عليه الولاية وهو القاضى وهذه الفرقة طلاق لا فسخ فاذا فرض وتزوجها بعد ذلك ولم يكن وقع عليها طلاق غير هذا ملك عليها طلقتين لا ثلاثا ولا خيار لها فى هذه الحالة لانها تزوجته ثانياً عالمة بحاله — والخصى كالعنين فى جميع هذه الاحكام لان الوطء مرجو . واما المجبوب أو مقطوع العضو المعلوم فان طلبت الزوجة الفرقة منها ولم تكن عالمة بحاله قبل الزواج فرق القاضى بينهما فى الحال لعدم الفائدة فى التأجيل — أنظر مادة (٣٠٠)

(مادة ٢٩٩) اذا رافعت المرأة زوجها الى الحاكم وادعت انه عنين وطلبت التفريق يسأله الحاكم فان صدقها وأقر انه لم يصل اليها يؤجله سنة كاملة قمرية يحتسب منها رمضان وأيام حيضها ومدة غيبته ان غاب لحج وغيره لا مدة غيبتها ولا مدة مرضه ومرضها ان كان لا يستطاع معه الوقاع وابتداء السنة من يوم الخصومة الا اذا كان الزوج صغيرا أو مريضاً أو محرماً فان كان كذلك فابتداؤها يعتبر من حين بلوغه أو شفائه أو فك احرامه

(مادة ٣٠٠) اذا لم يصل الزوج لامرأته ولو مرة فى مدة الاجل المقدر له وعادت المرأة شاكية الى الحاكم بعد انقضائه طالبة التفريق يأمره الحاكم بطلاقها فان

وان أنكر الزوج دعواها وادعى انه وصل اليها فان كان قبل التأجيل فحكمه علم مما تقدم فى شرح مادة ٢٩٩ وان كان بعد التأجيل كما هو الموضوع فلا يمكن القاضى أن يصدق واحدا منهما بلا برهان لانه يلزم عليه الترجيح بلا مرجح فحينئذ يعين القاضى امرأتين ممن يثق بهن ويأمرهما بالكشف عليها وعند ذلك لا يخلو الحال من أحد أمرين الاول ان يجداها ثيباً . الثانى ان يجداها بكراً . فان كان الاول سواء كانت ثيباً فى الاصل أو بكراً حلف الزوج لأنه هو المنكر فان حلف سقط حقها وان امتنع خيرها القاضى وكذا لو كانت الزوجة بكراً فى الاصل وادعت زوال بكارتها بعارض كالاصبع مثلا وان كان حراما فانه يحلف أيضاً فان حلف سقط حقها وان امتنع خيرت . وان كان الثانى وهو ما اذا وجداها بكراً خيرها القاضى فان اختارت زوجها فالامر ظاهر وان اختارت نفسها فرق بينهما ولكن لا بد أن يكون اختيارها لنفسها فى المجلس لان الزمن الذى مضى كاف فى التروى ولهذا لو قامت أو أقامها أحد منه يبطل خيارها — انظر مادة (٣٠١)

ابي فرق بينهما وهذه الفرقة طلاق لا فسخ ولو وجدته مجبوبا جاهلة ذلك وقت النكاح وطلبت مفارقته يفرق بينهما للحال بدون إمهال

(مادة ٣٠١) اذا انكر الزوج دعوي المرأة عليه بالعنة وادعى الوصول اليها قبل التأجيل أو بعده يعين الحاكم امرأتين ممن يثق بهن للكشف عنها فان كانت ثيباً من الاصل أو بكراً وقالتا هي ثيب يصدق الزوج بيمينه ولو ادعت المرأة زوال بكارتها بعارض فان حلف سقط حقها واذا نكل عن اليمين أو قالتا هي بكر فان كان ذلك قبل التأجيل يؤجل سنة كما مر فى المادة السالفة وان كان بعد التأجيل تخير المراة في مجلسها فان اختارت الفرقة يفرق بينهما وان عدلت واختارت الزوج او قامت او اقامها أحد من مجلسها قبل أن تختار بطل اختيارها

والفرقة المترتبة على العنة والجب ونحوهما طلاق بائن لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بالبينونة إذ لو كانت هذه الفرقة طلاقا رجعيا تكون المرأة معلقة بالمراجعة فلا تكون ذات زوج ولا مطلقة . أما الاولى فلفوات المقصود وهو الوطء . وأما الثانية فلانها ذات زوج فلا يحصل لها دفع الظلم والبينونة صغرى لحصول المقصود بها . ويترتب على ذلك ان المرأة لا تحرم على العنين لا حرمة مؤبدة ولا مؤقتة بزواج غيره فلو اتفقا بعد التفريق على التزوج ثانياً جاز ذلك سواء كان في العدة أو بعدها . ويترتب عليه أيضاً انه اذا مات أحدهما في عدة التفريق فلا يرثه الآخر لان الارث لا يكون الا اذا كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً بان كانت في عدة الطلاق الرجعي أما اذا كان الطلاق بائناً فلا توارث في عدته الا في حال هرب الزوج أو الزوجة من ارث صاحبه كما تقدم مستوفى في طلاق المريض — انظر مادة (٣٠٢)

﴿الباب الرابع﴾

(في الفرقة بالردة)

اعلم ان الزوجين اما ان يكونا غير مسلمين أو الزوج مسلما والزوجة غير مسلمة بان كانت كتابية أو مسلمين ولا يتأتى ان يكون الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة لان التزوج في هذه الحالة باطل فلا تتعلق به الاحكام

(مادة ٣٠٢) الفرقة بالعنة ونحوها لا يترتب عليها تحريم المرأة بل اذا تراضت هي والعنين على التزوج ثانيا بعد التفريق جاز لهما ذلك في العدة وبعدها ولا يتوارث الزوجان في الفرقة بالعنة ونحوها

كما تقدم لك فى شرح مادة (١٢٢) فان كان الاول فان بقيا على دينهما فلا نتعرض لهما أصلا لاننا أمرنا بتركهم وما يدينون وأما ان أسلم أحدهما أو أسلما معاً فقد تقدمت كل الاحكام المختصة بهما فى الفصل الثانى فى حكم الزوجية بعد اسلام الزوجين أو أحدهما . وان كان الثانى فان بقيا على دينهما فالامر ظاهر وان غيرت الزوجة دينها فاذا كان الدين الذى انتقلت اليه سماويا بقى الزواج ولا نتعرض لها وان كان غير سماوى عرض عليها الرجوع الى دين سماوى فان امتثلت بقى العقد والا فرق بينهما لان المسلم لا يجوز له ان يتزوج غير كتابية لا ابتداء ولا بقاء . وأما اذا كان المغير لدينه هو الزوج بأن ارتد والعياذ بالله تعالى فالحكم ما يأتى فى الحالة الثالثة . وان كان الثالث فان بقيا على دينهما فالامر ظاهر أيضاً وأما اذا حصل ارتداد فاما ان يكون من واحد أو منهما فان كان الاول بان أنكر أحدهما شيئاً معلوما من الدين بالضرورة كوجوب الصلاة أو الصوم أو ألقى المصحف الشريف فى القاذورات انفسخ النكاح ووقعت الفرقة بينهما فى الحال بلا توقف على قضاء القاضى لان الردة تمنع النكاح ابتداء فكذا تمنعه بقاء بمعنى ان المرتد ليس له ان يتزوج ولو كانت من يريد تزوجها متدينة بغير دين الاسلام ومثله المرتدة لان النكاح يعتمد الملة ولا ملة لهما وما انتقلا اليه لا يقران عليه . والفرقة الحاصلة بالردة فسخ لا طلاق سواء كانت الردة من جهة الزوج أو الزوجة وينبنى على هذا انه لو حصل التزوج بعد الاسلام ولم يكن حصل طلاق قبل الردة ولا بعدها وهى فى العدة ملك عليها ثلاث طلقات لا اثنتين والقائل بهذا هو الامام وأبو يوسف وقال محمد ان كانت المرتدة هى الزوجة كانت الردة فسخا وان كان الزوج فهى طلاق

كاباثه عن الاسلام – أنظر مادة(٣٠٣).

ولكن الحرمة التي تترتب على ردة أحد الزوجين ليست حرمة مؤبدة بل هي مؤقتة لان لها سبباً وهو الردة وهذا السبب يمكن زواله فان زالت فقد ارتفع السبب الذي أوجدها فيجوز تزوجها وينبنى على ذلك انه اذا أسلم المرتد منهما جاز له التزوج ثانيا بدون توقف على محلل ولو وقع عليها طلقتان قبل الردة لما عرفت من أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان هذا التزوج في المدة أو بعد انقضائها لان الزوج الثاني هو الاول فلا يشترط انقضاؤها لعدم اختلاط الانساب ولكن محل ذلك اذا لم يوقع الزوج عليها ثلاث طلقات بعد الردة وهي في العدة فان حصل ذلك وكان بديار الاسلام فليس له ان يتزوجها الا بعد تزوجها بغيره . وبما ان الردة تفسخ العقد سواء كان المرتد هو الزوج أو الزوجة فاذا أريد تجديده فلا بد من التراضي انما اذا كانت المرتدة هي الزوجة وبعد اسلامها رغب الزوج عودها اليه اجبرت على تجديد العقد بمهر يسير خصوصاً اذا كان ارتدادها حيلة لفسخ العقد — أنظر مادة(٣٠٤)

(مادة ٣٠٣) اذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام انفسخ النكاح ووقعت الفرقة بينهما للحال بلا توقف على القضاء وهذه الفرقة فسخ لاتنقص عدد الطلاق

(مادة ٣٠٤) الحرمة بالردة ترتفع بارتفاع السبب الذى أحدثها فاذا جدد المرتد اسلامه جاز له ان يجدد النكاح والمرأة في العدة أو بعدها من غير محلل وتجبر المرأة على الاسلام وتجديد النكاح بمهر يسير وهذا مالم يكن طلقها ثلاثا وهي في العدة وهو بديار الاسلام فني هذه الصورة تحرم عليه حرمة مغياة بنكاح زوج آخر

وهذه الاحكام ان كان المرتد أحد الزوجين فقط فان ارتدا فاما ان يكون ارتدادهما معاً أو متعاقبا . فان كان الاول فاما ان يسلما معا أيضا أو متعاقبا فان أسلما معا فلا يفسخ العقد وان أسلما متعاقبا ولم يعلم الاسبق منهما فالظاهر فسخ العقد لانه ثبت في وقت من الاوقات ان أحدهما مسلم والآخر مرتد ومثل هذا في الحكم ماذا علم من أسلم منهما أولا . وان كان الثاني وهو ماذا ارتدا متعاقبين انفسخ العقد لثبوت اسلام أحدهما وردة الآخر — انظر مادة (٣٠٥) (تأمل)

وما تقدم من الاحكام انما هو بالنسبة لحصول الفرقة بين الزوجين وعدمها وأما بالنسبة لاستحقاق الزوجة المهر فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول ان تكون الردة بعد الدخول حقيقة أو حكما . الثاني ان تكون قبل الدخول وعلى كل فاما أن يكون المرتد هو الزوج أو الزوجة . فان كان بعد الدخول وجب لها كل المهر سواء كانت الردة من جهته أو من جهتها لتأكده بالدخول — انظر مادة (٣٠٦)

وان كانت قبل الدخول فان كانت من قبل الزوج فاما ان يكون لها مهر مسمى في العقد أولا فان كان الاول وجب لها نصفه لانها فرقة أتت من قبله قبل الدخول فيتنصف المسمى وان كان الثاني وجبت لها المتعة . وان كانت

(مادة ٣٠٥) اذا ارتد الزوجان معا أو على التعاقب ولم يعلم الاسبق منهما ثم أسلما كذلك يبقى النكاح قائما بينهما وانما يفسد اذا أسلم أحدهما قبل الآخر

(مادة ٣٠٦) اذا وقعت الردة بعد الدخول بالمرأة حقيقة أو حكما فلها كامل مهرها سواء وقعت الردة منها او من زوجها

من قبلها فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة لان هذه فرقة اتت من قبلها قبل الدخول فلا تستحق شيئاً أصلا وقد تقدمت هذه الاحكام بادلتها فى الفصل الثالث فى الاسباب التي تؤكد لزوم المهر بتمامه للمرأة والاحوال التى تستحق فيها نصف المهر والاحوال التى لا تستحق فيها شيئاً — انظر مادة (٣٠٧)

هذا حكم المهر — وأما ارث أحدهما من الآخر فيقال فيه لايخلوا الحال من أحد أمرين . الاول أن يموت احدهما بعد انقضاء عدة الفرقة التى حصلت بالردة . الثانى أن يموت فيها فان كان الاول فلا توارث بينهما لانهما صارا اجنبيين من بعضهما لانقطاع الزوجية وزوال كل الاحكام المترتبة على الزواج سواء كان المرتد هو الزوج او الزوجة — وان كان الثانى فاما أن يكون المرتد هو الزوج أو الزوجة وعلى كل فاما أن تكون الردة فى حال الصحة أو فى حال مرض الموت فان كان هو المرتد ورثته فى الحالتين ان كانت مستحقة للميراث بان كانت مسلمة ولم يكن هناك مانع من التوريث — انظر ماده (٣٠٨)

وان كانت هى المرتدة فان كانت ردتها فى مرض موتها ورثها زوجها ان لم يكن هناك مانع من الأرث وان كانت ردتها وهى فى الصحة وماتت مرتدة فلا نصيب له فى الارث وانما قالوا ان الزوجة ترث

(مادة ٣٠٧) واذا وقعت الردة قبل الدخول فان كانت من قبل الزوج فلها نصف المهر المسمى أو المتعة ان لم يكن مهر مسمى وان كانت من قبلها فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة

(٣٠٨) اذا مات المرتد فى عدة المرأة المسلمة فانها ترثه سواء ارتد فى حال صحته أو في مرض موته

زوجها اذا ارتدومات في عدتها سواء كانت الردة في حال الصحة أو في حال المرض وان الزوج لا يرث من زوجته اذا ارتدت وماتت في العدة الا اذا كانت الردة في حال المرض لان ردته في معنى مرض الموت لانه إذا لم يسلم يقتل فيكون هاربا من ارثها فترثه مطلقا وأما المرأة فلا تقتل بالردة فلم تكن هاربة من ارثه الا اذا كانت ردتها في مرض الموت — انظر مادة (٣٠٩)

﴿ الباب الخامس في العدة وفى نفقة المعتدة ﴾

﴿ الفصل الاول فيمن تجب عليها العدة من النساء ومن لا تجب ﴾

لا شك في أن العدة لا توجد الا بعد الفرقة ولذا أخرت عن جميع أنواعها والعدة بضم العين بمعنى الاستعداد للشيء وليست مقصودة هنا بل المقصود العدة بكسر العين ولها ثلاث معان : معنى في اللغة ومعنى في الشرع ومعنى في اصطلاح الفقهاء . فمعناها في اللغة الاحصاء يقال عددت الشيء عدة أحصيته احصاء . ومعناها في الشرع انتظار يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه . وفى اصطلاح الفقهاء تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته وهذا المعنى أخص من المعنى الشرعي لان اسم العدة فيه خاص بانتظار المرأة زمنا مخصوصا لا بانتظار الرجل مع أن الرجل يلزمه انتظار زمن مخصوص في مسائل . منها اذا

(مادة ٣٠٩) اذا ارتدت المرأة فان كانت ردتها في مرض موتها وماتت وهي في العدة يرثها زوجها المسلم وان كانت ردتها وهي في الصحة وماتت مرتدة فلا نصيب له في ميراثها

طلق زوجته وأراد أن يتزوج غيرها ممن لايجوز له الجمع بينها كأختها أو عمتها أو خالتها فلا يجوز له ذلك الا بعد انقضاء العدة سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً ومنها اذا كان رجل متزوجا اربعا وطلق احداهن فلايجوز له أن يتزوج خامسة حتى تنقضى عدة من طلقها . ومنها اذا طلق زوجته ثلاثا وأراد أن يتزوجها لزمه الانتظار حتى تنقضى عدتها وتتزوج بغيره الى آخر ماعلم مراراً وغير ذلك من المسائل التي يطول شرحها وهى ترجع الى شيء واحد وهو ان المرأة التي امتنع نكاحها على الرجل لمانع يلزمه انتظار زوال هذا المانع حتى تحل له ولكن الفقهاء لا يسمون انتظار الرجل عدة مع اطلاقها عليه شرعا والعدة لها أحكام كثيرة . منها حرمة تزوج أخت المعتدة مثلا وأربع سواها مادامت العدة باقية . ومنها حرمة المعتدة على غير الزوج اما هو فيجوز له العقد عليها اذا كانت معتدة لطلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى فلو كان بائنا بينونة كبرى فلا يجوز له تزوجها ولو فى العدة .

وسبب العدة حصول الفرقة بين الرجل والمرأة بأى سبب كان فمتى وجد السبب وجبت وحينئذ تجب العدة على المرأة فى الاحوال الآتية . أولا اذا حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة سواء كان النكاح صحيحاً أو فاسداً . ثانياً اذا حصلت الفرقة بينهما بعد الخلوة ولو فاسدة اذا كان العقد صحيحاً فلو كان فاسداً فلا تجب العدة عليها بعد الخلوة ولو كانت صحيحة وبعضهم يقول إذا حصلت الفرقة بعد الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح فان كان فسادها آتياً من جهة أمر شرعى كصوم رمضان وجبت العدة وان كان آتياً من جهة الحس كوجود ثالث أو مرض يمنع من المباشرة فلاتجب العدة وهو الظاهر

كما تقدم لك ذلك فى مبحث الخلوة . ولا فرق فى وجوب العدة على الزوجة بعد حصول الفرقة بين ما اذا كان الطلاق رجعياً او بائناً بينونة صغرى أو كبرى بل الكل سواء ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان العقد صحيحاً إذ لو كان فاسداً فلا يلحقه الطلاق فالذى يتأتى فيه اما المتاركة أو تفريق القاضى

ثالثاً تفريق القاضى بالعنة فاذا تزوج رجل امرأة ووجدته عنيناً وفرق القاضى بينهما بعد استيفاء الشروط المتقدمة فى العنة وجبت عليها العدة . رابعاً تفريق القاضى بإباء الزوج الاسلام فاذا كان الزوجان غير مسلمين واسلمت الزوجة وعرض الاسلام على الزوج وامتنع فرق القاضى بينهما ووجبت العدة على المرأة . خامساً تفريق القاضى باللعان فاذا قذف الزوج زوجته بالزنا ورفعت أمرها الى الحاكم وتلاعنا وفرق القاضى بينهما وجبت العدة على الزوجة

سادساً تفريق القاضى بسبب نقصان المهر فاذا تزوجت المكلفة بلا اذن وليها العاصب رجلا كفئاً باقل من مهر المثل ودخل بها فاعترض الولى العاصب ولم يتم الزوج مهر المثل وفرق القاضى بينهما بناء على طلب الولى وجبت عليها العدة

سابعا تفريق القاضى بخيار البلوغ فاذا زوج الصغيرة غير الاب أو الجد من الاولياء لرجل كفء بمهر المثل ودخل بها قبل البلوغ وعندما بلغت اختارت نفسها وفرق القاضى بينهما وجبت عليها العدة . ثامنا اذا ارتد الزوج فسخ عقد الزواج فتعتد الزوجة لحصول الفرقة بالفسخ . تاسعا اذا كان عقد الزواج فاسداً ودخل بها وترك احد الزوجين الآخر وجبت العدة ومثله اذا لم يفترقا وفرق القاضى بينهما .

عاشراً اذا حصلت الفرقة بعد الوطء بشبهة فاذا زفت امرأة لرجل وقيل له هي زوجتك ولم تكن كذلك فدخل بها وتبين الامر وحصلت المتاركة أو لم تحصل وفرق القاضي بينهما وجبت العدة

وكل هذه الفرق لا يجب فيها العدة الا اذا حصلت بعد الدخول فان كانت قبله فلا تجب ولكن لو حصلت الفرقة بالوفاة وكان العقد صحيحاً وجبت العدة مطلقا أي سواء كان قبل الدخول او بعده لان حكمتها في الوفاة اظهار الحزن على الزوج وهذا لا فرق فيه في الحالتين بخلاف الحكمة في غير الوفاة فانها معرفة براءة الرحم وهذا لا يكون الا بعد الدخول — انظر مادة (٣١٠)

وأنواع العدة ثلاث . حيض واشهر ووضع حمل وذلك يختلف باختلاف الفرقة وحال الزوجة وعقد الزواج . وبيانه أن المرأة ان كانت من ذوات الحيض وحصلت الفرقة بالطلاق سواء كان رجعيا اوبائناً وسواء كان البائن بينونة صغرى أو كبرى أو حصلت الفرقة بالفسخ كارتداد الزوج او اختيار المرأة نفسها بالبلوغ فلا تنقضي عدتها الا بثلاث حيض كوامل ولكن يشترط لذلك شروط الاول أن تكون المرأة حرة فلو كانت رقيقة انقضت عدتها بحيضتين. الثاني أن تكون حائلا اي غير حامل فلو كانت حاملا انقضت عدتها بوضع الحمل وان

(مادة ٣١٠) العدة من موانع النكاح لغير الزوج وتجب على كل امرأة وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة في النكاح الصحيح والفاسد وبعد الخلوة الصحيحة أو الفاسدة في النكاح الصحيح سواء كانت الفرقة عن طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو تفريق بعنة ونحوها أو لعان أو نقصان مهر أو خيار بلوغ أو فسخ او متاركة في النكاح الفاسد أو وطء بشبهة وتجب أيضاً على كل امرأة توفي عنها زوجها ولو قبل الدخول بها في النكاح الصحيح

قصر الزمن الثالث أن تكون مدخولا بها حقيقة أو حكما (الخلوة) الا انه يشترط فى لزوم العدة بعد الدخول الحكمى ان يكون العقد صحيحاً ولا فرق فى ذلك بين ما اذا كانت المرأة مسلمة أو كتابية متزوجة بمسلم . والدليل على ذلك قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) والآية وان لم تنص الا على المطلقات الا انه قيس عليها غيرها ممن حصلت الفرقة بينهما بالفسخ لان العدة انما وجبت لتعرف براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فى غير الطلاق أيضا . والقروء جمع قرء وهو الحيض وقال الامام الشافعى رضي الله تعالى عنه هو الطهر فلا تنقضي العدة عنده الا بثلاثة اطهار ويبنى على هذا الخلاف أن الرجل اذا طلق زوجته فى أول الطهر فلا تحتاج عنده الا الى حيضتين وعند الحنفية لا بد من ثلاث حيض واذا طلقها فنزل عليها الدم انقضت عدتها عند الحنفية بطهرين وثلاث حيض وعنده بثلاثة اطهار وحكمة العدة فى هذه الحالة تعرف براءة رحم المرأة من الحمل ولكن يقال أن هذا التعرف تكفى فيه حيضة واحدة لان الحنفية يقولون ان الحامل لا تحيض اصلا فمتى حاضت مرة علمنا أنها ليست بحامل فكان مقتضى هذا أن العدة تنقضى بحيضة واحدة لحصول المقصود بها وقد أجابوا عن ذلك بان الاولى لتعرف براءة الرحم والثانية لاظهار شرف النكاح حيث لم ينقطع اثره بحيضة واحدة بالنسبة للحرة والرقيقة والثالثة لفضيلة الحرية على الرق

وكما تكون العدة بالحيض عند الفرقة بالطلاق أو الفسخ فى هذه الاحوال تكون أيضاً عند الوفاة فى حالتين لا فى كل الاحوال. الاولى اذا وطىء رجل امرأة بشبهة بان زفت اليه وقيل له هى زوجتك ولم تكن كذلك فدخل بها

وقبل المتاركة أو التفريق توفى الرجل فان المرأة تعتد بالحيض فى هذه الحالة .
الثانية اذا كان العقد فاسداً ومات الزوج فانها تعتد بالحيض أيضاً لا بأربعة أشهر وعشرة أيام التى هى عدة الوفاة لان حكمة العدة هنا تعرف براءة الرحم أيضاً لا الحزن على الزوج إذ هو فى الوطء بشبهة ليس زوجاً وفى النكاح الفاسد ليس زوجاً شرعياً فلا يجب الحزن عليه والعدة لا تجب بعد الخلوة الا اذا كان العقد صحيحاً فلو كان فاسداً وحصلت المتاركة من الزوجين أو لم يحصل وفرق القاضى بينهما فلا تجب العدة إلا إذا حصل وصول حقيقى قبل ذلك لان الخلوة حينئذ ولو كانت صحيحة لا توجب العدة وحدها . ولا تنقضى العدة وتملك المرأة عصمتها إلا إذا حاضت ثلاث حيض كوامل فلو طلقها زوجها وهى حائض فلا تحتسب هذه الحيضة من العدة بل من الحيضة التالية لهذه — انظر مادة (٣١١)

وان لم تكن المرأة الحرة الغير الحامل المدخول بها حقيقة أو حكما فى النكاح الصحيح من ذوات الحيض لاى سبب كان أى سواء كان السبب هو الصغر او الكبر بان بلغت سن الاياس وهو خمس وخمسون سنة أو بلغت بالسن وغايته خمس عشرة سنة ولم تر الحيض أصلا وحصلت الفرقة

(ماده ٣١١) عدة الطلاق أو الفسخ بجميع أسبابه فى حق المرأة الحرة الحائل المدخول بها حقيقة أو حكماً فى النكاح الصحيح ولو كتابية تحت مسلم ثلاث حيض كوامل ان كانت من ذوات الحيض وكذا من وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد عدتها بالحيض لموت الواطىء فيهما وللتفريق أو المتاركة بعد الدخول الحقيق لا بعد الخلوة ولو كانت صحيحة ولا تحتسب حيضة وقعت فيها الفرقة بأى نوع بل لابد من ثلاث حيض كوامل غيرها حتى تملك المرأة عصمتها وتحل للازواج

بينها وبين زوجها بالطلاق أو الفسخ بجميع أسبابه فعدتها تنقضى بثلاثة أشهر كاملة لقوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) أى مثلهن روى أنه لما نزلت آية القرء قالوا قد علمنا عدة التى تحيض فالتى لا تحيض لا ندرى ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية فالمعنى ان ارتبتم فى عدة التى لم تحض فعدتها ثلاثة أشهر . والعدة اما ان تجب فى غرة الشهر أو فى أثنائه فان كان الاول انقضت بثلاثة أشهر ولو نقصت عن تسعين يوماً وان كان الثانى اعتبرت الايام فلا تنقضى الا بتسعين يوماً من تاريخ الفرقة -- أنظر مادة (٣١٢)

والمعتدة بالاشهر أما ان لا ترى الحيض أصلا أو تراه فان رأته فاما ان تكون تلك الرؤية بعد تمام الأشهر أو فى أثنائها فان لم تره أصلا فلا كلام فى ان عدتها انقضت بالاشهر هذه المرة واذا احتيج الى العدة فى المستقبل تنقضى بالاشهر أيضاً وان رأته بعد تمام الاشهر انقضت فى هذه المرة بها وفى المستقبل تكون بالحيض فاذا فرض وتزوجت الآيسة بعد مضى ثلاثة أشهر ثم عاودها الدم على عادتها فلا ينقض هذا التزوج وان رأته فى أثنائها كما اذا كانت مراهقة أى قريبة من البلوغ ودخلت فى العدة بالاشهر أو آيسة بأن بلغت خمساً وخمسين سنة وكان الحيض انقطع عنها ودخلت فى العدة

(مادة ٣١٢) اذا لم تكن المرأة من ذوات الحيض لصغر أو كبر أو بلغت بالسن ولم تحض أصلا فعدة الطلاق أو الفسخ في حقها ثلاثة أشهر كاملة فاذا وجبت العدة فى غرة الشهر تعتبر الشهور بالاهلة ولو نقص عدد أيام بعضها عن ثلاثين يوماً واذا وجبت في خلاله تعتبر العدة بالايام وتنقضي بمضي تسعين يوماً

بالاشهر وقبل انقضائها رأت الدم على عادتها انقضت العدة بالاشهر ووجب عليها أن تستأنف عدة بالحيض فلا تحل للازواج الا بعد ثلاث حيض كوامل والسبب فى ذلك بالنسبة للمراهقة أنها صارت من ذوات الحيض فيلزمها ان تعتد به لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وبالنسبة للآيسة ان العدة بالاشهر خلف عن العدة بالحيض لان عود الحيض يبطل الاياس فظهر انه لم يكن خلفاً وذلك لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك لا يكون الا باستدامة العجز الى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى فان له ان يفطر فى رمضان ويفدى عن صوم كل يوم فاذا قدر قبل موته لزمه قضاء صوم الايام التى أفطر فيها – أنظر مادة (٣١٣)

فظهر جلياً أنه متى ثبت ان المرأة من ذوات الحيض فلا تنقضى عدتها الا بثلاث حيض وينبنى على ذلك أنه لو رأت امرأة دم الحيض مرة واحدة بان نزل عليها ثلاثة أيام لان هذا الزمن أقل مدة الحيض ثم انقطع عنها الدم لاى سبب كان واستمر طهرها وكانت متزوجة أو تزوجت بعد تلك الحيضة ثم حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير وفاته فلا تنقضى عدتها بالاشهر بل لا بد من أن تحيض ثلاث حيض حتى تنقضى العدة لانه ثبت انها من ذوات

---

(٣١٣) اذا اعتدت المراهقة بالاشهر ثم حاضت قبل تمامها وجب عليها ان تستأنف العدة بالحيض وكذا الآيسة التى دخلت العدة بالاشهر اذا رأت الدم على العادة قبل تمام الاشهر انتقض ما مضى من عدتها ووجب عليها استئنافها بالحيض فلا تحل للازواج الا بعد ثلاث حيض كوامل فاذا رأت الدم على العادة بعد تمام الاشهر فقد انقضت عدتها ولا تستأنف غيرها ونكاحها جائز بعدها وتعتد فى المستقبل بالحيض

الحيض فلا تعتد بغيره فاذا عاد الدم قبل بلوغها سن الاياس اعتدت به وان لم يعد اصلا فلا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن الاياس وهو خمس وخمسون سنة وتعتد بعده بثلاثة أشهر كاملة وهـذه المسألة في غاية الشدة بالنسبة للنساء لطول زمن العدة عليهن (اذ يمكن ان يكون خمساً واربعين سنة وأشهراً) وبالنسبة للرجال أيضاً لالزامهم بالانفاق على المرأة حتى تنقضي العـدة ولذا قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه تنقضي عدتهـا بسنة كاملة وهو ظاهر المراد لان الغرض من العدة أمران تعرّف براءة الرحم واظهار الحزن والاسف على الفراق ولم يجعل الشارع مدة للحزن اكثر من أربعة أشهر وعشرة أيام وبراءة الرحم تعرف بغير هذا الزمن لان اكثر مدة الحمل سنتان فلو قالوا لا تنقضي عدتها الا بعـد مضي سنتين من وقت الفرقة للتحقق من براءة الرحم لكان وجيهاً مع انه لم يقل به أحـد من الحنفية ولاي شيء تنقضي عدتها اذا توفي زوجها بأربعة أشهر وعشرة أيام ولا تنقضي اذا كانت الفرقة بغير الوفاة الا ببلوغ سن الاياس وتعتد بعده فان قالوا ان عدة الوفاة هكذا قلنا ان الغرض من العدة في غيرها تعرّف براءة الرحم ولا يتأتى ان يكون مشغولا بالولد هـذا الزمن فلا يسعنا الا ان نقول كما يقولون البحث وارد والحكم مسلم والمتبادر للعقل والذهن ان مذهب الامام مالك هو الارفق فيفتى به للضرورة كما نص على ذلك بعض الحنفية ونص بعض الحنفية على ان عدتها تنقضي بتسعة أشهر — انظر مادة (٣١٤)

(مادة ٣١٤) المرأة التي رأت الدم اياماً ثم ارتفع عنها وانقطع لمرض او غـيره واستمر طهرها سنة فاكثر تعتد بالحيض ولا تنقضي عدتها حتى تبلـغ سن الاياس وتتربص بعده ثلاثة أشهر كاملة وسن الاياس خمس وخمسون سنة

وهـذا بالنسبة لممتدة الطهر وأما ممتدة الدم وهى التى نزل عليها الدم واستمر بدون انقطاع . فلا يخلو حالها من أحد أمرين . الاول ان تكون لها عادة معروفة بالنسبة للطهر والحيض . الثانى ان لا تكون كذلك فان كان الاول اتبعت عادتها فتنقضى عدتها بعد مضى الزمن الكافى لثلاث حيض من وقت الطلاق أو الفسخ . وان كان الثانى بأن لم تكن لها عادة اصلا بأن بلغت برؤية الدم واستمر او كانت لها عادة ونسيتها ففيها أقوال كثيرة المفتى به منها ان عدتها تنقضى بعد مضي سبعة أشهر من وقت الطلاق أو الفسخ وذلك بأن يجعل لها ثلاث حيض بثلاثين يوماً احتياطاً وثلاثة أطهار كل طهر شهر ان لان المدة الفاصلة بين دمى الحيض أقلها خمسة عشر يوماً ولا حد لا كثرها فأضاف من قال بهذا القول على أقل مدة الطهر ثلاثة امثاله للاحتياط وان كان الغالب ان النساء يحضن فى كل شهر مرة — انظر مادة (٣١٥)

وان كانت المرأة حاملا انقضت عدتها بوضع جميع حملها فلو فرض انها كانت حاملا باثنين فلا تنقضى عدتها بوضع احدهما ولكن لا بد ان يكون الحمل ظاهراً كل خلقه أو بعضه لانه فى هـذه الحالة ولد فان لم يستبن من خلقه شيء بان كان علقة أو مضغة فلا تنقضى به العدة وانما كان كذلك لقوله تعالى (وأولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) سواء طال الزمن او قصر ولا فرق فى انقضاء العدة بوضع الحمل بين ما اذا كانت الفرقة بموت أو طلاق او فسخ لعموم هذه الآية . أما بالنسبة للفرقة بغير الوفاة فظاهر لان براءة

(مادة ٣١٥) ممتدة الدم التى تحيرت و نسيت عادتها تنقضى عدتها بعد مضى سبعة اشهر من وقت الطلاق أو الفسخ

الرحم تحققت واما بالنسبة للفرقة بالوفاة فلقول سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه لو وضعت وزوجها على سريره لا انقضت عدتها وحل لها ان تتزوج — انظر مادة (٣١٦)

فعلم من ذلك ان الفرقة ان كانت بالوفاة وكانت المرأة حاملا انقضت عدتها بوضع الحمل ولو قصر الزمن واما اذا كانت غير حامل فلا تنقضى عدتها الا بمضى اربعة اشهر وعشرة أيام لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجاً يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشرا) ولا فرق فى ذلك بين ما اذا كانت المرأة التى توفى عنها زوجها وهى غير حامل صغيرة او كبيرة مسلمة او كتابية متزوجة بمسلم ولا فرق أيضاً بين ما اذا كانت المرأة مدخولا بها أو غير مدخول بها لان العدة فى هذه الحالة انما هى لاظهار الحزن والاسف على وفاة الزوج ولذا يشترط ان يكون العقد صحيحاً فلو كان فاسداً كانت العدة بالحيض لانها لتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ هو غير شرعى والحيض هو المعرّف . وكل هذه الاحكام بالنسبة للمرأة الحرة فلو كانت رقيقة فان كانت حاملا فهى مثل الحرة فى انها لا تنقضى عدتها الا بوضع جميع الحمل وان كانت غير حامل فان كانت من ذوات الحيض انقضت عدتها بحيضتين لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان » ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزأ فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار سيدنا عمر بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان لم تكن من ذوات

(مادة ٣١٦) عدة الحامل وضع جميع حملها مستبيناً بعض خلقه او كله سواء أحل قيد نكاحها بموت أو طلاق أو فسخ فلو اسقطت سقطا لم يستبن بعض خلقه فلا تنقضى به العدة

الحيض تنقضى عدتها بشهر ونصف فى الفرقة بغير وفاة الزوج فان كانت بها انقضت بشهرين وخمسة أيام لان الزمن يتجزأ فامكن تنصيفه — انظر مادة (٣١٧).

وكل هذه الاحكام اذا كانت الفرقة بعد الدخول فلو حصلت قبله فان كانت بوفاة الزوج فعليها العدة كما تقدم وان كانت بغيرها فلا تجب عليها العدة انما اذا كان العقد صحيحاً فلا يشترط فى وجوب العدة الدخول الحقيقى بل الخلوة توجبها بخلاف ما اذا كان العقد فاسداً فانها لا تجب الا بعد الدخول الحقيقى وانما لم تجب العدة على المطلقة قبل الدخول لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولان حكمة العدة فى هذه الحالة تعرف براءة الرحم وهو برىء بيقين — انظر مادة (٣٠٧)

فيكون حاصل ما تقدم ان الفرقة اما ان تكون قبل الدخول أو بعده وعلى كل فاما ان يكون سبب الفرقة وفاة الزوج او غيرها وان كانت الفرقة بعد الدخول فاما ان تكون المرأة حاملا أو غير حامل وعلى كل فاما ان تكون الفرقة بعد عقد زواج أو بعد وطء بشبهة وان كانت بعد عقد فاما ان يكون العقد صحيحاً او فاسداً . فان كانت الفرقة قبل الدخول ولو حكما وكانت بغير

(مادة ٣١٧) عدة الحرة التى مات عنها زوجها اربعة أشهر وعشرة أيام ان كانت حاملا واستمر النكاح صحيحاً الى الموت ولا فرق بين ان تكون صغيرة أو كبيرة مسلمة او كتابية تحت مسلم مدخولا بها او غير مدخول بها وعدة الأمة ان بالحيض فحيضتان وان بالأشهر لموت وغيره فعلى النصف من الحرة ولا فرق بينهما فى العدة بوضع الحمل

(مادة ٣١٨) لاتجب العدة على مطلقة قبل الدخول والخلوة من نكاح صحيح ولا تجب بمجرد الخلوة من نكاح فاسد ولو كانت صحيحة

الوفاة فلا عدة على الزوجة ومثله ما اذا كانت الفرقة بعد الخلوة ولو كانت صحيحة لكن العقد فاسد . وان كانت قبل الدخول ولكنها بوفاة الزوج وكان العقد صحيحاً وجبت العدة وهى هنا أربعة أشهر وعشرة أيام فلو كان العقد فاسداً فلا تجب . وان كانت بعد الدخول وكانت المرأة حاملا فالعدة تنقضي بوضع جميع الحمل سواء كان بعد عقد أو وطء بشبهة وسواء كان العقد صحيحاً أو غير صحيح وسواء كانت الفرقة بالوفاة أو بغيرها . وان كانت بعد الدخول والمرأة غير حامل وكانت الفرقة بغير الوفاة فان كانت المرأة من ذوات الحيض تنقضى العدة بثلاث حيض كوامل وان لم تكن من ذوات الحيض انقضت عدتها بثلاثة أشهر . وان كانت بعد الدخول والفرقة بالوفاة والمرأة غير حامل تنقضى عدتها بأربعة اشهر وعشرة أيام ان كان العقد صحيحاً فلو كان فاسداً فعدتها بالحيض . وكل هذا اذا كانت المرأة حرة أما لو كانت رقيقة فان كانت حاملا انقضت عدتها بوضع الحمل وان كانت غير حامل فان كانت من ذوات الحيض تنقضى عدتها بحيضتين وان لم تكن من ذوات الحيض فعدتها تنقضى بنصف الزمن الذى تنقضى فيه عدة الحرة

ثم ان الفرقة ان كانت بالطلاق ولم يمت الزوج فى أثناء العدة بل بعد انقضائها فلا تنتقل المرأة الى عدة الوفاة سواء كان الطلاق رجعياً او بائناً لانه بانقضاء العدة انتهت الزوجية بجميع احكامها فلا يجب عليها بموته شيء .

واما اذا مات الزوج فى اثناء العدة ففيه تفصيل وبيانه ان الطلاق اما ان يكون رجعياً او بائناً وكل منهما اما ان يكون وقوعه فى حال الصحة اوفى حال مرض الزوج مرض الموت فينتج اربع صور . الصورة الاولى ان يكون الطلاق

رجعياً وهو فى حال الصحة وفى هذه الحالة اذا مات فى أثناء المدة بان توفى قبل ان تحيض ثلاث حيض ان كانت من ذوات الحيض أو ثلاثة أشهر ان لم تكن كذلك انهدمت عدة الطلاق ولزمتها عدة الوفاة لان الزوجية قائمة فى الطلاق الرجعى حتى تنقضى العدة فاذا مات الزوج فى أثنائها فهى زوجته فتكون داخلة فى عموم قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) فتعتد عدة الوفاة — الصورة الثانية ان يكون الطلاق رجعيا أيضا ولكنه فى حال المرض ومات الزوج فى أثناء العدة وهى فى الحكم كالصورة الاولى كما ذكر — أنظر مادة(٣١٨)

الصورة الثالثة ان يكون الطلاق بائناً وكان وقوعه فى حال المرض مع وجود الشروط التى يعتبر بها الزوج هاربامن ارثها بان يكون من غير رضاها كما علم ذلك من الفصل الخامس فى طلاق المريض ومات الزوج فى أثناء عدتها حتى ورثته وفى هذه الصورة تنتقل عدتها لاالى عدة الوفاة بل تعتد بأبعد الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق فينظر الى أطولها وتعتد به فان كانت من ذوات الحيض فلا تنقضى عدتها الا اذا حاضت ثلاث حيض فى ظرف أربعة أشهر وعشرة أيام فان حصلت الحيض الثلاث فى هذا الزمن فبها وان حصلت فى أقل منه فلا بد من تكميله وان حصلت حيضتان فيه فلابد من حيضة ثالثة بعده لان العدة بالحيض فى هذه الحالة أطول من عدة الوفاة وتاريخ المدة بالحيض يعتبر من وقت الطلاق وعلى هذا لو حاضت حيضتين

(مادة ٣١٨) اذا مات زوج المطلقة رجعياً وهى في العدة تعتد عدة الوفاة وتنهدم عدة الطلاق سواء كان وقوعه فى حال صحة الزوج أو فى مرض موته

قبل وفاته ولم تحض بعد وفاته الا واحدة ومضت عدة الوفاة كفى وهذا هو الظاهر ويعلم من قولهم ومات فى أثناء العدة انه لو مات فى هذه الصورة بعد انقضائها بان حاضت ثلاث حيض ان كانت من ذوات الحيض أو مضى عليها ثلاثة أشهر ان لم تكن كذلك من تاريخ الطلاق قبل وفاته فلا تنتقل الى عدة أخرى لانقضاء العدة ولذا لا ترث فى هذه الحالة

الصورة الرابعة ان يكون الطلاق بائنًا وكان وقوعه فى حال الصحة أو فى حال المرض وتبين انه ليس هاربا من ارثها بان أكره على الطلاق مثلا ومات فى أثناء العدة وفى هذه الصورة لا تنهدم العدة التى وجبت بعد الطلاق بل تتمها على حسب حالها وتنتهى — أنظر مادة (٣١٩)

وكل هذه الاحكام خاصة بوفاة الزوج بعد الطلاق أما اذا بقى الزوج حيا فاما أن يعيدها اليه وهى فى العدة أولا فان لم يعدها اليه فلا كلام لنا الا فى عدة جديدة ولا فى مهر جديد وأما اذا أعادها اليه فى العدة فاما ان يكون الطلاق رجعيا أو بائنا وعلى كل فاما ان يفارقها بعد الدخول أو قبله فينتج من هذا صور أربع

الاولى ان يعيدها فى الطلاق الرجعى ثم يفارقها بعد ان يدخل بها وفى هذه الحالة تجب عليها عدة مبتدأة بلا خلاف لحصول الدخول بعد الرجعة وليس هناك مهر فى هذه الحالة حتى يقال يجب أولا لان عودها اليه فى هذه الصورة يكون بالرجعة وهى لا يشترط فيها عقد ولا مهر جديدان بل

(مادة ٣١٩) اذا مات من ابان امرأته فى مرض موته بغير رضاها وكان موته فى عدتها حتى ورثته تنتقل عدتها وتعتد بابعد الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق أعني أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض

الذى يلزمه هو مهر العقد الاول الذى كان قبل الطلاق الرجعى

الصورة الثانية ان يعيدها اليه فى الطلاق الرجعى ثم يفارقها قبل ان يدخل بها وهذه أيضاً لا كلام فيها بالنسبة للمهر لما تقدم فى الصورة الاولى

الصورة الثالثة أن يعيدها بعد الطلاق البائن وهى فى العدة ويدخل بها ثم يفارقها وفى هذه الحالة يلزمه كل المهر وعليها عدة مبتدأة بلا خلاف لان الطلاق متى كان بائنا فلا تجوز اعادتها اليه الا بعقد ومهر جديدين فاذا دخل بها فقد تأكد هذا المهر فيجب بالفرقة وبما انه حصل دخول فتلزمها عدة مبتدأة من وقت الفرقة الثانية

الصورة الرابعة ان يكون الطلاق بائنا ويعيدها اليه وهى فى العدة ثم يفارقها قبل ان يدخل بها وهذه مسئلة خلافية لان الامام الاعظم وأبا يوسف يقولان تجب عليها عدة مبتدأة ويجب عليه المهر الذى سماه فى العقد الثانى كاملا وقال محمد عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى واستدل بان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وا كمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا أنه لم يظهر حالة التزوج الثانى لعدم اختلاط الانساب فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثانى كالمعدوم فيجب عليها كمال العدة الاولى . واستدل الشيخان بانها مقبوضة فى يده حقيقة بالدخول الاول وبقى أثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهى مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق فى هذا النكاح وقال زفر لا عدة عليها أصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب لانه طلاق قبل الدخول والظاهر مذهب محمد وان كان المشهور

مذهب الشيخين وقد بين العلماء فساد مذهب زفر لانه يترتب عليه ما يترتب وانت خبير بان الطلاق البائن هنا هو ما كان بائنا بينونة صغرى اذ لو كانت كبرى لم يجز ارجاعها اليه الا بعد تزوجها بغيره — أنظر مادة (٣٢٠)

وبما ان سبب العدة هو الطلاق أو المتاركة أو الوفاة فيكون ابتداؤها عقب ذلك لان المسبب يعقب السبب وحينئذ يكون مبدأ العدة عقب الطلاق اذا كان العقد صحيحاً وعقب المتاركة أو تفريق القاضي اذا كان فاسدا وعقب الوفاة سواء كان العقد صحيحاً أو فاسدا وينبني على ذلك ان العدة تنقضي وان لم تعلم المرأة بالطلاق أو الوفاة لما ذكر ولانها أجل فلا يشترط العلم بمضيه وان المرأة اذا ادعت الطلاق على الزوج في وقت معلوم وانكره فاقامت بينة على صحة دعواها وحكم القاضي به اعتبر مبدأ العدة من الوقت المسند اليه الطلاق لا من وقت الحكم به فلو فرض أن المدة الفاصلة بين الوقتين كافية للعدة فقد انقضت فيجوز لها التزوج بغيره في يوم الحكم بطلاقها ولو كانت هذه المدة غير كافية احتسبت من العدة ويلزم المرأة تكميلها وان الزوج اذا كان غائبا وتوفي وحضر من كان معه وشهدوا بوفاته في يوم معلوم وحكم القاضي بالوفاه انقضت العدة ان كان الزمن الذي بين يوم الوفاة ويوم الحكم به كافيا والا كملته وبعده تحل للازواج وهذا باتفاق وكل هذا اذا كان الطلاق ثابتاً بغير اقراره بأن شهدت به البينة وهو منكر له أما اذا ثبت باقراره بأن أخبر في وقت بأنه طلقها منذ زمان مضى ولم تقم عليه بينة فقد اختلفت

(مادة ٣٢٠) من تزوج معتدته من طلاق بائن غير ثلاث وهي في العدة ثم طلقها وجب عليه لها مهر كامل وعليها عدة مستقبلة ولو لم يدخل بها

عبارة الفقهاء فقال بعضهم تبتدىء العدة من وقت الاقرار لا من الوقت المسند اليه الطلاق سواء صدقته المرأة أو كذبته او قالت لا أدرى زجرا له بكتمانه طلاقها ونفيا للتهمة ويبنى على ذلك انه لا يجوز له ان يتزوج بأختها مثلا مادامت فى العدة بعد الاقرار ولا يجوز له أن يتزوج بأربع سواها ما دامت فى هذه العدة ولو كان مريضا مرض الموت فلا يصح اقراره لها بدين ولا ان يوصى لها لجواز أنهما اتفقا على الاقرار بالطلاق فى وقت ماض ليصح ذلك وقال بعضهم تبتدىء العدة من الوقت المسند اليه الطلاق لا من وقت الاقرار لان الطلاق سبب فى وجوب العدة وقد وجد فتبتدىء ولكن قال بعضهم أن هذا ليس اختلافا فى الحقيقة بل يحمل كل قول على محل خاص فيحمل الاول على ما اذا كانا مجتمعين لان الكذب فى كلامه ان لم تصدقه او فى كلامها ان صدقته ظاهر فلا يصدقان فى الاسناد . ويحمل الثانى على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذى اسند الطلاق اليه وهذا كلام فى غاية الحسن فينبغى التحرى عن محال التهمة وعن الناس الذين هم مظانها ويحكم فى كل شىء بما يناسبه .

وكل هذا بالنسبة للزمن الذى تبتدىء فيه العدة امابالنسبة لنفقة الزوجة فى العدة التى تبتدىء من وقت الاقرار عند القائل به فلا يخلو الحال من أحد أمرين . الاول أن تصدقه المرأة فى هذا الاخبار . الثانى أن تكذبه وعلى كل فاما أن يكون الزمن الفاصل بين الوقت المسند اليه الطلاق والاخبار به كافياً لانقضاء العدة اولا فينتج اربع صور

الاولى أن تصدقه وهذا الزمن كاف لانقضاء العدة وفى هذه

لا نفقة لها بأنواعها الثلاثة لاقرارها بذلك فيسرى عليها خاصة . الثانية ان تصدقه وهذا الزمن غير كاف وفى هذه تجب لها النفقة فى الزمن الكافى لتمام العدة من الوقت المسند اليه الطلاق. الثالثة ان تكذبه فى هذا الاخبار والزمن كاف وهذه تجب لها النفقة بجميع أنواعها فى العدة التى ابتدأت من وقت الاخبار لانها لم تقر بسقوط حقها فيها. الرابعة أن تكذبه والزمن غير كاف وهى كالثالثة فى الحكم — انظر مادة (٣٢١)

• وهناك أشياء تلزم مراعاتها ما دامت المرأة فى العدة سواء كانت هذه الاشياء بالنسبة للاجنبي أو الزوج أو الزوجة : فمن الاشياء التى تخص الاجنبي عدم جواز خطبتها تصريحاً وتعريضاً ان كانت معتدة لطلاق سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً فان كانت معتدة لوفاة جازت الخطبة تعريضاً لا تصريحاً ودليل ذلك قوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً الا أن تقولوا قولاً معروفا) قال الرازى فى تفسيره أراد به المتوفى عنها زوجها بدليل سياق الآية والمعنى لا اثم عليكم فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن او اضمرتم فى أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضاً ولا تصريحاً

(مادة ٣٢١) مبدأ العدة بعد الطلاق فى النكاح الصحيح وبعد تفريق الحاكم أو المتاركة فى النكاح الفاسد وبعد الموت فوراً وتنقضى العدة ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت حتى لو بلغها الطلاق أو موت زوجها بعد مضى مدة العدتين فقد حلت للازواج ولو أقر الزوج بطلاقها منذ زمان ماض ولم تقم عليه بينة فالعدة تعتبر من وقت الاقرار لا من الوقت المسند اليه وللمرأة النفقة ان اكذبته ولا نفقة لها ان صدقته وكان الزمن المسند اليه الطلاق قد استغرق مدة العدة فان لم يستغرق تجب لما بقى

علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن نكاحا والاستثناء من لا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا فى السر والاستدراك مما قدرناه يريد به قوله فاذكروهن وقد تقدم السبب العقلى فى شرح المادة الثانية فارجع اليه إن شئت . ومنها أنه لا يجوز له أن يعقد عليها ما دامت فى العدة لقوله تعالى بعد الآية المتقدمة (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله) ولانه اذا لم تجز الخطبة التى هى طلب التزوج فالتزوج فعلا من باب اولى

ومن الاشياء التى تخص الزوج عدم زواجه بمحرم كأختها او عمتها ممن لا يجوز له الجمع بينهما . ومنها أنه ان كان متزوجا بثلاث غير المعتدة فلا يجوز له ان يتزوج غيرها حتى تنقضى العدة وهاتان من المسائل التى يعتد فيها الرجل . ومنها الزامه بالنفقة ان كانت الفرقة من جهته سواء كانت بمعصية أو بغيرها أو من جهتها وكانت بغير معصيتها فان كانت بمعصيتها فلا تلزمه النفقة وستأتى هذه المسئلة فى الفصل الآتى

ومن الاشياء التى تخص الزوجة الحداد أى الحزن على هذه الفرقة سواء كانت بالوفاة أو بالطلاق البائن ان كانت مسلمة مكلفة أما المتوفى عنها زوجها فلا خلاف فى حدادها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد أى تحزن على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها اربعة أشهر وعشرا » وأما المطلقة طلاقا بائنا فحدادها مذهبنا وقال الامام الشافعى رضى الله تعالى عنه لا حداد عليها لانه وجب اظهاراً للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد أوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته . ودليلنا

ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب » ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها ولانه يجب اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت بدليل ان لها أن تغسله اذا مات قبل الابانة لا بعدها وينبنى على ذلك انها لا تتزين ولا تتطيب لانه ينافى التأسف فضلا عن أنه من دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن التزوج فتجتنبه كى لا تكون ذريعة الى الوقوع فى المحرم

ومنها انه يلزمها ان تعتد فى البيت المضاف الى الزوجين بالسكنى قبل الفرقة ولو حصلت وهى غير موجودة فيه ولهذا لو خرجت لزيارة أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود الى منزلها فتعتد فيه لقوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن) والبيت المضاف اليها بالسكنى هو الذى تسكنه مع زوجها قبل الفرقة فان خرجت كان هذا الخروج معصية لقوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) والفاحشة هى نفس الخروج كما قاله ابراهيم النخعى وتبعه أبو حنيفه فيكون المعنى الا أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يزنى أحد الا ان يكون فاسقا . وقال ابن مسعود الفاحشة هى الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن وبه أخذ أبو يوسف . وقال ابن عباس هى نشوزها وأن تكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها وقال عليه الصلاة والسلام للتى قتل زوجها « اسكنى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » وذلك أن فريعة بنت مالك ابن ابى سفيان اخت أبى سعيد الخدرى لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واستأذنت أن تعتد فى بنى خدره لا فى بيت زوجها فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم

فقال لها « اعيدى المسئلة فاعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب أجله » يعنى لا تخرجى حتى تنقضى عدتك . وفى هذا الحديث دليل على حكمين الاول أنه يجب عليها أن تعتد فى منزل الزوج . الثانى ان الخروج فى بعض النهار لقضاء حوائجها جائز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء هذا هو الدليل النقلى وحكمته ان المرأة اذا اعتدت فى البيت الذى كانت تسكنه مع الزوج قبل الفرقة تكون دائما على ذكر من المعاشرة فتحزن على فراقه ان توفى فتمتنع عن ارتكاب شىء مخالف للشرع الشريف وتكون قريبة الرضا ان اراد الزوج عودها اليه لأن الطلاق ربما يكون لذنب اقترفته وبعد ذلك مال اليها وذلك لا يحصل ان اعتدت فى غير هذا المسكن

وبما أن الاعذار تغير الاحكام فى العبادات وغيرها لأن الضرورات تبيح المحظورات كان هذا الحكم عند عدم الضرورة فلو وجدت جاز لها الخروج وينبنى على ذلك جوازه فى الاحوال الآتية

اولا — اذا أخرج الزوج معتدة الطلاق ظلما وعدوانا فلا شىء عليها والاثم عليه أو أخرجها صاحب المنزل لعدم القدرة على الاجرة أو أخرجت الورثة معتدة الوفاة بان كان نصيبها من البيت لا يكفيها اذا قسم أو طلبوا قسمة المهايأة ولو كان نصيبها كافيا لسكناها — ثانيا ان ينهدم البيت بالفعل — ثالثا أن تخشى انهدامه فتخرج خوفا على نفسها ومالها — رابعا خوف تلف مالها بالضياع بان كان البيت مهددا من اللصوص مثلا وهو غير حصين خامسا — اذا كان البيت الذى يسكنان فيه ليس مملوكا لهما وتوفى الزوج ولا تجد المرأة كراءه الى غير ماذكر من الاعذار المبيحة للخروج كان خافت خوفا

شديداً من أمر الميت والموت ولا أحد معها فيه . فان وجد عذر من الاعذار المبيحة للخروج انتقلت معتدة الوفاة الى أقرب موضع منه لتكون دائماً على ذكر من أحوال الزوج وانتقلت معتدة الطلاق الى الموضع الذى يشاءه الزوج لوجوب السكنى عليه . اذا علمت ماتقدم تعلم بداهة أن الخروج لقضاء المصالح بالنسبة لمعتدة الطلاق ليس من الاعذار لان الزوج متكفل بجميع ذلك اذ نفقتها واجبة عليه وأنه من الاعذار بالنسبة لمعتدة الوفاة لعدم وجوب النفقة لها فتحتاج الى الخروج نهاراً وبعض الليل لطلب المعاش فى النهار وربما امتد الى ان يهجم الليل فيجوز لها ذلك وهذا لا يستغرق الليل كله والضرورة تقدر بقدرها فلا تبيت خارج بيتها — انظر مادة (٣٢٢)

الفصل الثانى

(فى نفقة المعتدة)

اعلم أن الفرقة بين الزوجين اما أن تكون بغير وفاة الزوج او بوفاته . فان كان الثانى فسيأتى حكمه فى شرح مادة (٣٣١) وان كان الاول فاما ان تكون

(مادة ٣٢٢) تعتد معدة الطلاق والموت فى البيت المضاف الى الزوجين بالسكنى قبل الفرقة وان طلقت او مات عنها وهى فى غير مسكنها عادت اليه فوراً ولا تخرجان منه الا أن تصير اخراجهما أو ينهدم او يخشى انهدامه أو تلف مال المرأة أو لا تجد كراء المسكن فتنتقل معتدة الوفاة لاقرب موضع منه ومعتدة الطلاق الى حيث يشاء الزوج ولا تخرج معتدة الطلاق رجعياً كان أو بائناً من بيتها الا لضرورة ولمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصالحها ولا تبيت خارج بيتها

من قبل الرجل أو من قبل المرأة وعلى كل فاما أن يكون سبب الفرقة معصية او غير معصية فتنتج صور اربع.

الصورة الاولى ان تكون الفرقة من قبل الزوج وكان سبب الفرقة غير معصية. الثانية ان تكون الفرقة من قبل الزوج وسبب الفرقة معصية وفى هاتين الحالتين تجب النفقة بانواعها الثلاثة وهى الطعام والكسوة والسكنى مادامت المرأة فى العدة قصر الزمن او طال ويبنى على ذلك أن المرأة تجب لها النفقة مادامت فى العدة فى المسائل الآتية

اولا للمطلقة فاذا طلق الرجل زوجته سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً وسواء كان البائن بائناً بينونة صغرى أو كبرى وسواء كانت المرأة حاملا او حائلا أى غير حامل لان سبب الفرقة اتى من جهته

ثانياً للملاعنة فاذا قذف الرجل زوجته بصريح الزنا ورفعت أمرها الى الحاكم وتلاعن الزوجان وفرق الحاكم بينهما وجبت عليها العدة ولها النفقة ما دامت فيها لان هذه الفرقة أتت من قبله وان كان لها دخل فيها لكنه هو السبب لحصول القذف منه اولا فهى مضطرة للدفاع عن شرفها وعرضها

ثالثاً للمبانة بالايلاء فاذا قال الرجل لزوجته والله لا أقربك أربعة أشهر ومضت هذه المدة ولم يقربها فيها بانت منه وتلزمها العدة فما دامت فيها وجبت لها النفقة لانه هو السبب فى الفرقة

رابعاً للمبانة بالخلع فاذا قال الرجل لزوجته خالعتك فى نظير عشرين جنيهاً مثلا فقبلت وقع الطلاق البائن ولزمتها العدة فما دامت فيها وجبت لها النفقة لانه هو السبب فى هذه الفرقة وان كان لها دخل فيها بالقبول اذ لو

لم تقبل لم يقع الطلاق . ولكن محل وجوب نفقة العدة على الزوج فى هذه الصورة اذا لم تحصل البراءة منها وقت الخلع بان قال لها خالعتك على كذا ونفقة العدة فقبلت وقع الطلاق البائن ولا تلزمه نفقة العدة لرضاها بسقوطها وهى حقها فتسقط وقد تقدم هذا فى الخلع

خامساً للمبانة باباته عن الاسلام فاذا كان الزوجان مسلمين وأسلمت الزوجة وعرض الاسلام على الزوج فامتنع وفرق القاضى بينهما وجبت عليها العدة ولزمته النفقة لانه هو السبب فى هذه الفرقة اذ لو أسلم بقيت الزوجية اذا لم يكن هناك مانع آخر من بقائها كأن تكون محرما له بالنسبة للديانة الاسلامية

سادساً ـ لزوجة من اختار الفسخ بالبلوغ فاذا زوج غير الاب والجد الصغير وعند بلوغه اختار فسخ هذا العقد انفسخ ولزمت المرأة العدة فتجب لها النفقة ما دامت فيها لانه هو السبب فى هذه الفرقة

سابعاً للمبانة بردته فاذا كان الزوجان مسلمين وارتد الزوج أى خرج عن دين الاسلام والعياذ بالله تعالى انفسخ عقد الزواج ولزمت المرأة العدة فما دامت فيها وجبت لها النفقة لانه هو السبب فيها ولا شك فى أن هذه فرقة سببها معصية الزوج

ثامناً للمبانة بفعل الزوج باصولها اوفروعها مايوجب حرمة المصاهرة فاذا زنى الزوج بام زوجته أو بنتها أو لمس واحدة منهما بشهوة حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة عند ابى حنيفه واصحابه ولزمتها العدة فما دامت فيها وجبت لها النفقة لانها فرقة أتت من قبله ولا شك في ان هذه ايضاً سببها معصية الزوج ولا يخفى عليك انه لابد ان تكون هذه الاشياء حصلت بعد

الدخول إذ لو كانت قبله فلا تجب عليها عدة فلا تجب على الزوج نفقة

فتجب النفقة للزوجة على الزوج فى كل هذه الصور مادامت فى المدة سواء كانت المدة بالاشهر ان لم تكن المرأة من ذوات الحيض اوبالحيض ان كانت ممن تحيض او بوضع الحمل إن كانت حاملا وانما وجبت لها النفقة فى هذه الصور على الزوج ما دامت فى المدة لان النفقة جزاء الاحتباس وهى محبوسة فى حكم هو المقصود من الزواج وهو الولد اذ المدة واجبة فى هذه الاحوال لصيانته فتجب النفقة -- انظر مادة (٣٢٤)

الصورة الثالثة — أن تكون المرأة هى السبب فى الفرقة ولكن السبب غير معصية وفى هذه الصورة تجب لها النفقة أيضا ويبنى على ذلك وجوب النفقة فى الاحوال الآتية — اولا لمن اختارت نفسها بالبلوغ فاذا زوج الصغيرة غير الاب والجد بكفء ودفع مهر المثل فالعقد صحيح ولكن لهذه الصغيرة عند البلوغ اختيار نفسها فاذا اختارت نفسها وفسخت العقد ورفعت الامر الى القاضى وحكم بالفسخ لزمتها العدة ووجبت لها النفقة

(مادة ٣٢٤) كل فرقة طلاقا أو فسخا وقعت من قبل الزوج لاتوجب سقوط النفقة سواء كانت بمعصيته أم لا فتجب عليه النفقة مدة العدة وان طالت

(أولا) لمعتدة الطلاق رجعياً كان أو بائناً بينونة صغرى أو كبرى حاملا كانت المرأة أو حائلا

(ثانياً) للملاعنة والمبانة بالايلاء أو بالخلع مالم تبرئه منها وقت وقوعه

(ثالثاً) للمبانة باباته عن الاسلام

(رابعاً) لزوجة من اختار الفسخ بالبلوغ

(خامساً) للمبانة بردته أو بفعله باصلها أو بفرعها ما يوجب حرمة المصاهرة

ما دامت فيها لان هذه الفرقة وان كانت من جهتها لكنها ليست معصية
ثانياً اذا زوجت المكلفة نفسها لرجل واشترطت كفاءته لها أوأخبرها بأنه كفء ، ثم تبين انه غير كفء ، وفسخت العقد فلها النفقة مادامت في المدة لان الفرقة وان كانت من قبلها الا أنها محقة فيها — ثالثاً اذا زوجت المكلفة نفسها لكفء ، ودفع أقل من مهر المثل بلا رضا وليها العاصب قبل العقد فطلب الولى من الزوج تميم مهر المثل فامتنع وفسخ العقد وجبت العدة ونفقتها — رابعاً اذا تزوجت امرأة رجلا فوجدته عنينا ورفعت امرها الى القاضي طالبة التفريق وبعد التحريات الشرعية اللازمة خيرها القاضي فاختارت نفسها وجبت لها النفقة ما دامت في العدة لانها محقة في طلب الفرقة ولا بد أن تكون الفرقة في هذه الاشياء بعد الدخول او الخلوة اذ لو كانت قبلها فلا عدة فلا نفقة . وانما وجبت النفقة في هذه الصور وان كانت الفرقة من جهتها لأنها حبست نفسها بحق فلا تسقط نفقتها كما اذا حبست نفسها عنه لعدم استيفائها معجل صداقها فان النفقة لا تسقط أيضاً لانها محقة في هذا المنع ومحل استحقاق المعتدة للنفقة اذا لم تخرج من بيت العدة فان خرجت سقطت نفقتها مادامت على النشوز فان عادت الى بيت الزوج عادت النفقة — انظر مادة (٣٢٥)

الصورة الرابعة أن تكون هي السبب في الفرقة وهو معصية وفي هذه الحالة تسقط نفقتها وينبني على ذلك سقوطها في الاحوال الآتية — أولا اذا

(مادة ٣٢٥) كل فرقة وقعت من قبل الزوجة بلا معصية منها لا توجب سقوط النفقة فتجب للمعتدة بخيار بلوغ أو عدم كفاءة أو نقصان مهر ولامرأة العنين اذا اختارت نفسها

ارتدت أى خرجت عن دين الاسلام فلا نفقة لها ولو فى العدة — ثانياً اذا فعلت بأصول زوجها أوفروعه مايوجب حرمة المصاهرة بأن قبلت أباه أو ابنه بشهوة أو مكنته من نفسها لانها تحرم على زوجها حرمة مؤبدة بفعل هذه الاشياء عند أبى حنيفة وأصحابه كما تقدم مراراً فتسقط نفقتها وان كانت فى العدة لان سبب الفرقة معصية من جهتها ولكن محل سقوط نفقتها فى هذه الحالة ان كانت طائعة فلو أكرهت على تمكينه منها فلا تسقط نفقتها لانها مضطرة فى ذلك وأنت خبير بأن هذا لا بد أن يكون بعد الدخول أو الخلوة كما تقدم . وانما سقطت النفقة فى هذه الصورة لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة فتسقط نفقتها والنفقة الساقطة فى هذه الصورة هى الطعام والكسوة اما السكنى فلا تسقط لان القرار فى البيت مستحق عليها فهو حق الله فلا يسقط بمعصيتها وأما النفقة فواجبة لها فتجازى بسقوطها لمعصيتها — انظر مادة (٣٢٦)

ومتى سقطت النفقة فى هذه الصورة الاخيرة لا تعود وان زال السبب المسقط لها فاذا ارتدت الزوجة سقطت نفقتها كما علمته فاذا فرض انها أسلمت والعدة باقية فلا تستحق شيئاً من النفقة ايضاً لانها سقطت بالردة والساقط لا يعود ولكن اذا نشزت المرأة أى خرجت عن طاعة زوجها بغير حق فطلقها ثم تركت

(مادة ٣٢٦) كل فرقة جاءت من قبل المرأة وكانت بمعصيتها توجب سقوط النفقة فلا تجب للمعتدة لفرقة ناشئة عن ردتها بعد الدخول أو الخلوة بها أو عن فعلها طائعة ما يوجب حرمة المصاهرة بأصل زوجها أو بفرعه وانما تكون لها السكنى ان لم تخرج من بيت العدة

النشوز وعادت الى بيت الزوج استحقت عليه النفقة وقال بعضهم فى الفرق بينها انها فى الصورة الاولى اذا عادت يكون من باب عود الساقط وهو لا يعود وفى الصورة الثانية من باب زوال المانع ومتى زال عاد الممنوع وهذا غير ظاهر اذ الظاهر اشتراكهما فى حكم واحد قال فى فتح القدير نقلا عن شرح الطحاوى الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها فلها ان تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده . واورد عليه مالو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل فى العدة فانها تعود نفقتها وأجيب بأن النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذه وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور وهو وجيه — انظر مادة (٣٢٧)

فقد علمت أنه متى وجبت النفقة للمعتدة ولم يحصل منها فى أثناء العدة مايسقطها استمر هـذا الوجوب الى ان تنقضى ولو طال زمنها وينبنى على ذلك ما يأتى :

أولا اذا لم تكن المرأة من ذوات الحيض بأن كانت مراهقة أى قريبة من البلوغ وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها ولزمتها العدة فانها تعتد بالأشهر لأنها لم تر الحيض أصلا فاذا فرض انها رأت الدم قبل انقضاء الأشهر الثلاثة التى هى عدتها ولو بيوم واحد وجب عليها استئناف العدة

---

(٣٢٧) كل امرأة بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود لها النفقة فى العدة وان زال سبب الفرقة . فاذا اسلمت المبانة بالردة والعدة باقية فلا تعود لها نفقتها بخلاف المطلقة ناشزة اذا تركت النشوز وعادت الى بيت الزوج كان لها اخذ النفقة

وتعتد بالحيض وحينئذ تجب لها النفقة في العدة المستأنفة حتى تنقضي بأن تحيض ثلاث حيض

ثانياً اذا كانت المرأة من ذوات الحيض بأن رأته في عمرها ولو مرة ثم حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير الوفاة لزمتها العدة بالأقراء فان عاد لها دم الحيض اعتدت به واذا لم يعد فلا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن الاياس وهو خمس وخمسون سنة على المفتى به وتعتد بعده بثلاثة أشهر وحينئذ تجب لها النفقة على زوجها مادامت لم تنقض عدتها وقد تقدمت لك هذه المسألة والخلاف فيها في شرح مادة (٣١٤) فراجعه فانه مفيد — انظر مادة (٣٢٨)

ثم ان المرأة ان لم تطالب نفقة العدة فلا كلام لنا لانها حقها وان طلبتها فان اعطاها لها الزوج فلا كلام لنا أيضاً في جميع الصور الآتية لأنه رضي باعطاء شيء من ماله فلا يعارض سواء كان واجباً عليه أو غير واجب وأما اذا لم يعطها فاما ان تكون العدة باقية او انقضت فان كانت باقية ورفعت أمرها الى القاضي فرض لها النفقة وأمره بدفعها فان امتثل فبها وان امتنع نفذ عليه جبراً

واما اذا كانت العدة وقت طلبها قد انقضت فاما ان تكون النفقة غير مقضي بها ولا متراض عليها أو تكون مقضياً بها أو متراضى عليها فان كان

(مادة ٣٢٨) المراهقة التي اعتدت بالاشهر ورأت الدم قبل مضيها لها النفقة في العدة الجديدة التي وجب عليها استئنافها بالاقراء وكذلك من حاضت حيضة او حيضتين ثم ارتفع عنها الدم لمرض أو غيره وامتد طهرها وصارت مجبورة على استمرار عدتها بالحيض لها النفقة والكسوة الى ان يعود دمها وتنقضي عدتها بالحيض أو تبلغ سن الاياس وتعتد بالاشهر بعده

الاول فلا حق لها فى هذا الطلب لأن النفقة لاتصير ديناً الا بالقضاء أو الرضا ولم يحصل واحد منها والسبب الموجب لها وهو العدة قد انتهى فلا تجاب الى طلبها — انظر مادة (٣٢٩)

وان كان الثانى وهو ما اذا كانت النفقة مقضياً بها أو متراضى عليها فاما ان لا تكون مستدانة بأمر الزوج او امر القاضى أو مستدانة بامر واحد منهما فان لم تكن مستدانة اختلفت أقوال الفقهاء فبعضهم يقول أنها تسقط مستدلا بأن سبب استحقاق هذه النفقة هى المدة والمستحق بهذا السبب فى حكم العلة فلا بد من قيام السبب لاستحقاق المطالبة وبعضهم يقول لا تسقط مستدلا بانها صارت دينا والدين لا يسقط وان سكت الدائن عن طلبه فى وقت استحقاقه له وقد اختلف فى ترجيح أحد هذين القولين ولكن الظاهر الثانى وهو عدم السقوط وعليه العمل . ومثل هذه فى الحكم ما اذا كانت مستدانة لا بأمر الزوج وأمر القاضى . فان كانت مستدانة بأمر الزوج فلا تسقط وحينئذ فلها أخذها منه لان استدانتها بأمره كاستدانته بنفسه ومثله ما اذا كانت الاستدانة بأمر القاضى لانه له الولاية عليه فكأنه هو الآمر — انظر مادة (٣٣٠)

وأما الثانى وهو ما اذا كانت الفرقة بوفاة الزوج فلا نفقة للمعتدة

(مادة ٣٢٩) اذا لم يفرض الزوج لمطلقته نفقة فى عدتها ولم تخاصم المعتدة فيها ولم يفرض الحاكم لها شيئاً حتى انقضت العدة سقطت نفقتها

(مادة ٣٣٠) النفقة المفروضة للمعتدة بالتراضى أو بحكم القاضى لا تسقط بمضى العدة مطلقا

مطلقا أي سواء كانت المرأة حاملا او غير حامل وبعضهم يقول لها النفقة ان كانت حاملا واستدل بما فى الظهيرية واذا انفق الوصي على الحامل للحمل فضمنوه يرجع على المرأة بما أنفق الا ان يكون باذن القاضي لان عليا وشريحاً يريان ذلك للحمل من جميع المال. وانما لم تجب النفقة لمعتدة الوفاة لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى أن معنى التعريف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئاً فشيئاً ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها فى ملك الورثة هكذا قال الفقهاء ولان المتوفى غالبا يترك شيئاً فترث منه زوجته فتنفق على نفسها مما ورثته — انظر مادة (٣٣١)

(مادة ٣٣١) لا تجب النفقة بأنواعها للحرة المتوفى عنها زوجها سواء كانت حائلا أو حاملا